

عبد الرزاق السكوتري

الوزير

في مصر والقانون المدني الجديد

العقود التي تقع
على الملكية

الهيئة والشركة
والفرض والميراث والمصالح

المجلد الخامس

دار النهضة العربية
القاهرة



الوسيط في شرح القانون الملائم

(٥)

العقود التي تقع على الملكية

المجلد الثاني

الهبة والشركة
والقرض والدخل الدائم والصالح

تأليف

عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومة من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

الباب الأول

عقد الهبة

(*) مقدمات

١ - التعريف بمفهوم الجهة ومفومات هذا المفهوم - نصومي قانونية :

أوردت المادة ٤٨٦ من النصين الملحقين تعريفاً لقصد الحجة في العبارات الآتية :

١- الحبة عقد يتصرف بمقتضاه الوهاب في مال له دون عوض .

(٥) مراجع في عقد الحبة : أوبري دود وإيمان الحيلة السابعة الجزء العاشر - بودريه وكولان الحيلة الثالثة في المحبات ما بين الأحباء والوصايا الجزء العاشر - زيدان وفواران (Votrin) الحيلة الثانية الجزء السادس - ديموج في الالتزامات الجزء الأول والثاني - بلانويو وديجر وترانسو (Trinobot) الجزء الخامس - بلانويو وديجر وبولانيه الحيلة الثالثة الجزء الثالث - كولان وكاهيتان وديلامورا فديجر الحيلة الثالثة الجزء الثالث - جوسران الحيلة الثانية الجزء الثالث - أنيسكوليني دالوز الجزء الثاني لفظ Donation ولفظ Dono manus .

رسائل : بارتان (Bartle) في نظرية الشروط المستعجلة وغير المستعجلة والمخافة للألعاب باريس سنة ١٨٨٧ - أوبنك (Anbenque) في المئات ما بين الأسيد ، مؤلفة بـفرد المائنة مونيليه سنة ١٩٠٣ - دي (Ray) في المية باريس سنة ١٩١٢ - فالوار (Vallée) بحث في فكرة التصرفات التجربة ون سنة ١٩١٩ - شيلاليه (Chevalier) في التكيف القانوني لنفع المسابقات الوطنية المائة ون سنة ١٩٢٤ - تيمبل (Timbal) في حلها المكنتاة (donations rémunératoires) تولوز سنة ١٩٢٥ - شلمبر (Champeaux) في فكرة التصرفات التجربة ستراسبوج سنة ١٩٣١ - بامل (Pauilly) في المية القوية كان سنة ١٩٣٦ - بيسو (Bonysseon) في التجربة المفترة بالشروط في القانون للمد الفرنسي تولوز سنة ١٩٤٥ - بونسار (Ponsard) في المئات غير المباشرة في القانون للمد الفرنسي ديجون سنة ١٩٤٦

لقته المصري : الأستاذ محمد كامل مرسى في الأحوال سنة ١٩٢٧ وفي العقود للمادة جزء ٢ سنة ١٩٥٢ - الأستاذ محمود جبال الدين زكي في العقود للمادة سنة ١٩٥٣ - الأستاذ أحمد أمين انقول في العقود للمادة سنة ١٩٥٧ - (في لقته العراق الأستاذ حسن حل القانون في العقود للمادة بغداد سنة ١٩٥٤).

اتفق الإسكس : البائع جزء ٦٠ - تقريبي جزء ٥٠ - الأسطوخودوس أحد لإرمام في الترميم
التبرعات (مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ٦٥٥ وما بعدها - والسنة الثالثة ص ٥١
وما بعدها) ، وفي المهة والقوسية وتصرقات المرض سنة ١٩٣٩
وتحول إلى الطبقات الميتة فيما تقدم عنها تشير فيما إلى أحد هذه المراجع .

٢ - ويموز الواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين^(١) .
ولا مقابل لهذا : النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه كان معمولاً به دون نص .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٥٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٧٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٦٠١ - وفي تقنين الموجبات والمقود اللبناني المواد ٥٠٤ إلى ٥٠٦^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٥٩ من المشروع التمهيدي على وجه موافق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة وردت في آخر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ويكون من شأن هذا التصرف أن يثري الموهوب له » . وقد سلفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، لعدم ضرورتها ، وأصبحت المادة رقمها ٥١٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٦ (بمجموعة الأعمال التشريعية ٤ من ٢٤٣ - ص ٢٤٥) .

(٢) تقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٥٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي . م ٤٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي :

م ٦٠١ - ١ : الهبة هي تملك مال لأخر بلا عوض . ٢ - والصلقة هي المال الذي وهب لأجل الثواب ، وهي في أحكامها كالهبة إلا فيما ورد فيه نص خاص . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري - انظر الأستاذ حسن الفتون في أن الهبة في التقنين العراقي عقد لا إرادة معقودة فقرة ٦) .

تقنين الموجبات والمقود اللبناني :

م ٥٠٤ : الهبة تصرف بين الأحياء بمقتضاها يتفرغ المرء لشخص آخر من كل أمواله أو من بعضها بلا مقابل .

م ٥٠٥ : إن الهبات التي تنتج مدفوعاً بوفاء الرقاب تند من قبيل الأعمال الصادرة من مشقة المرء الأعباء ، وتخضع لقواعد الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث .

م ٥٠٦ : إن الهبات التي تنتج مدفوعاً بين الأحياء تخضع لقواعد العامة الخاصة بالمقود والموجبات ، مع مراعاة الأحكام الخاصة المذكورة في هذا الكتاب . انظر أيضاً م ١٦٩ .

(والحكم يختلف من حكم التقنين المصري) .

وينخلص من هذا التعريف أن القبة مقومات أربعة :

١ - قبة عقد ما بين الأحياء (contrat entre vig) .

٢ - بموجبه يتصرف الوهاب في ماله (transmission de valeur) .

٣ - دون عوض (absence de contrepartic) .

٤ - بنية التبرع (intention libérale) .

ويمكن القول ، من النظر في هذه المقومات ، إن عقد القبة يتكون من عنصرين : (١) عنصر مادي (élément matériel) : وهو تصرف الوهاب في ماله دون عوض (المقومان الثاني والثالث) . (ب) وعنصر معنوي أو قصدي (élément intentionnel) : وهو بنية التبرع (المقوم الرابع) .

وتقتول بالتحليل كلا من هذه المقومات الأربعة .

٢ - القبة غير ما بين الأحياء : قبة أولاً عقد لا بد فيه من إيجاب

وقبول متطابقين^(١) ، ولا تتخذ القبة يلازمة الوهاب المفردة كما

(١) والقبة يتحقق وجوبها التبرعي بمجرد الإيجاب عنه أي حنيفة وصاحبه ، وقبول الموهوب له معتم شرط لثبوت الملك له لأن أحداً لا يملك إدخال شيء في ملك غيره بدون رضاه . أما عنه زفر فلا يتحقق قبة وجود شرعي إلا بإيجاب وقبول متطابقين . جاء في القامح (جزء ٩ ص ١١٥) : « أما ركن القبة فهو الإيجاب من الوهاب ، فلما القبول من الموهوب له فيس بركن استسقاء . والقيلس أن يكون ركناً ، وهو قول زفر ، وفي قول قال القيلس أيضاً ركن » . أما القيلس ، فهو في الفتا الحنفية شرط لنقل الملك في الموهوب إلى الموهوب له . وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية برأي زفر ، فنصت المادة ٥٠٠ على أن « تصح القبة بإيجاب من الوهاب وقبول من الموهوب له ، والقيلس يقوم مقام القبول » .

وعند ذلك تم القبة وتزوم بإيجاب الوهاب . ويستطيع الموهوب له أن يغير القيلس على القيلس ، فينقل إليه الملك بالقيلس . ولو قيلس بغير إذن الوهاب ، صح وانتقل الملك إليه . وعند الشافعية والحنابلة لا تصح القبة إلا بالإيجاب والقيلس .

سرى . وهذا هو الذى يميز الهبة عن الوصية ، إذ الوصية تتخذ بإرادة الموصى المنفردة ، ويموز لهذا أن يرجع فيها ما دام حيا ، فلا تنتج الوصية أثرها إلا عند موته . أما رضاء الموصى له بالوصية بعد موت الموصى فليس قبولاً لإيجاب من الموصى ، بل هو تثبيت لحق الموصى له فى الموصى به حتى لا يكسب حقاً بغير رضائه على الثمر الذى رأيناه فى قبول المتضع للاشتراط لمصلحة فى الاشتراط لمصلحة الغير . ويقطع فى ذلك أن الموصى له يكسب الموصى به لا من وقت قبوله ، الوصية بل من وقت موت الموصى ، ولو كانت الوصية عقداً تم بقبول الموصى له لكسب هذا ملكية الموصى به من وقت قبوله لا من وقت موت الموصى . فالهبة إذن تختلف عن الوصية فى أنها عقد لا يميز الرجوع فيه إلا فى أحوال معينة ، وفى أن أثرها لا يترانى حياً إلى موت الواهب . ووصف الهبة فى التعريف الذى أورده التتئين المذنب بأنها عقد يخرج الوصية قطعاً عن أن تكون هبة ، وليس من الضرورى أن يضاف إلى التعريف أن تكون الهبة غير مضافة إلى موت الواهب^(١) .

وما دمتا نقول إن الهبة عقد فهى عقد ما بين الأحياء ، ولا حاجة إلى النص على ذلك صراحة كما قلنا ، فإن التتئين المذنب المصرى لا يعرف العقد إلا بين الأحياء . ومن ثم يخرج الهبة لما بعد الموت ، وهى الهبة التى يعرفها القانون الرومانى ولا يعرفها القانون المصرى^(٢) . فلا يجوز

(١) قانون الأستاذ محمود جلال الدين زكى بقرة ٢٩ من ٥٧ - والأستاذ أكرم الحولى بقرة ٥٢ .

(٢) استئناف غنظ ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ١٤٧ - ١٨ مارس سنة ١٩٤٨ م ٥٩ من ١٦٧ - وقد عرف القانون الرومانى الهبة لما بعد الموت (mortis causa donatio) بأنها هبة يتبرع بها القوامع من مال له دون مقابل لمصلحة الموهوب له عندما ينشئ أن تكون منه لله ذمت ، كأن يكون موشكاً على الاحتياك فى حرب لوفى مبلوذة أو كأن يكون صاحباً بمرمر . عطير ، ولا ينتقل ملك الموهوب إلى الموهوب له إلا إذا مات القوامع قبله . فلذا نجا القوامع من الموت انقضت الهبة من تلقاء نفسها .

في القانون المصري أن يعقد الواهب هبة بآلة ويرجى في الوقت ذاته نقل

= ويصح القانون المدني الفرنسي ضرورياً من الهبة لما بعد الموت ، لأنها هي هبة الأموال المستقلة التي يخصصها الإلتزام للمال في الزواج (coordonné de mariage) ، والهبة ما بين الزوجين (انظر في هذه المسألة في القانون الروماني وفي القانون المدني الفرنسي أوبري ودور إيمان ١٠ فقرة ٦٤٥) .

ويعرف القلق الإسلامي ، ومع القانون المدني المصري ، الهبة في مرض الموت . وتختلف عن الهبة لما بعد الموت في أن هذه لا تنفذ إلا بموت الواهب كما في الوصية ، أما الهبة في مرض الموت فتنفذ حال حياة الواهب ولو أنه يكون في مرض الموت وقت أن يهب ، فناتحة السلبية إذن كغالب الهبات . والهبة في مرض الموت لها على كل حال حكم الوصية ، فلا تنفذ إلا في ثلث التركة ، لو لم ير أو لنير وارث .

ويعرف القلق الإسلامي كذلك العسري والرتبي . أما العسري فهي أن يقول شخص لأخر أصررتك كلما مدة حياتك ، حتى إذا مت عادت إليك إن كنت حياً أولاد وبناتي من قبلك . وعنه المضافة والنافعة والمخالفة أن الهبة تصبح ويلغو الشرط ، فتكون حين ملكاً للعسر له ثم لو دعه من بعده ، وعنه المالكية يصح العقد والشرط ساً ، فتكون العسري عليك مضافة حين للعسر له مدة حياته ، فإذا مات رجعت حين إلى العسر إن كان حياً أولاد وبناتي . أما الرتبي فهي أن يقول شخص لأخر داري لله نفسي ، أي ترتقب موتي ، حتى إذا مت كانتك هبة ملكاً لك . فهنا عليك هبة (بخلاف الوصية) أنصبت إلى الزمان المستقبل ، فلا تجوز عنه اليهود . وتخرج عنه مالك على أنها وصية فجوز . وهناك صورة أخرى الرتبي : يكون لزيد دار وليكر طر ، فوعظان على أن العادين يكونان ملك من يعيش بعد الآخر ، ويطلب أن يكون ذلك بين الزوجين . وهذه الصورة باقية عند الجميع - حتى عند مالك - لما فيها من القدر . انظر في العسري والرتبي المباح ٦ ص ١١٦ - ص ١١٧ - المرفى ٧ ص ١١١ - ص ١١٢ - للهبان ١ ص ٤٤٨ - الثاني ٥ ص ٦٢٤ - ص ٦٢٨ - ونظر المادة ٥٠٤ من قانون الأحوال الشخصية المصري بهذا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حررت زوجة زوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتعكف هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكليف الصحيح للزوج لتصرفها هذا أنه قبل العقد مطلق على الخطر والفساد ، وأنه انتقال مقصود به حرمان ودة كل منها من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو انتقال مطلق . أما المبرع المضاف الذي هو قوام الوصية وماداماً فلا وجود له فيه . وبهذا هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المبرع هو فيه مادام لكل من المصالحين ودة آخرون . =

ملكية الموهوب إلى ما بعد موته^(١) ، ولا يستطيع أن يفعل ذلك إلا عن طريق الوصية . وبلذاته المنفردة التي يجوز له الرجوع فيها كما سبق القول . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذ تقول : « ويلاحظ أن المبة عقد يتم في حال الحياة ، أما المبة لما بعد الموت ، وتختلف عن الوصية في أنه لا يجوز الرجوع فيها إلا حيث يجوز الرجوع في المبة ، فباطلة ، ويكون الموهوب لورثة الواهب : م ٢/٥٠٤ من قانون الأحوال الشخصية »^(٢) .

٣ - الواهب يتصرف في مال له : ويخصص المبة بين عقود التبرع بوجه عام (dispositions à titre gratuit) أن الواهب يتصرف في مال له . ذلك أن المبة تدخل في عموم عقود التبرع ، وتدخل معها عقود

= بل هو من قبل الرقبى المبرمة شرعاً (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة ص ١ رقم ١٩٩ ص ٤٤٩) .

وقضت محكمة الاستئناف المخطئة في حكم بأن الرقبى باطلة (٢٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٢) ، وفي حكم آخر بأنها وصية مستترة فيكون لها حكم الوصية ، وهذا هو ملحق ماله (٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٨٣) .

(١) استئناف مخطئ ١٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٢ ص ١٨٦ . ولكنه يستطيع أن يجب مالا في الحال ويؤجل تسليمه إلى ما بعد موته . فثبت للموهوب له في الموهوب حق الملك في الحال (أوبري ورو وإسبان ١٠ فترة ٦٤٧ ص ٤١١ - وبودري وكولان ١٠ فترة ٢٣ . أما إذا وهب شخص آخر مالا حل ألا يثبت للموهوب له ملك في الموهوب إلا بعد موت الواهب - وهذه هي المبة لما بعد الموت - فإن هذه المبة تكون باطلة كما قلنا . ولكن يصح أن تتحول ، وفقاً للقواعد تحول الصفات للباطلة ، إلى وصية صحيحة ، فيجوز فتصرف الرجوع فيها حال حياته ، ولا تنفذ إلا في تلك التركة (قارب استئناف مخطئ ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٨٣ - وقارن الأستاذ آثم القول لقرة ٥٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٤ - ومن أغص غصائل الوصية أنها لا تجوز بغير إجازة الورثة إلا في تلك التركة . أما المبة فتجوز في كل المال ، ولكن على أن يجهز الواهب من ماله حال حياته ، وهذا هو الذي ينتج عادة من المبة .

أخرى كالعارية والوديعة بغير أجر والوكالة بغير أجر والتبرع بأية خدمة أو عمل آخر . وتتخصص الحبة^(١) في أن الواهب يلتزم بإعطاء شيء ، أما في العقود الأخرى^(٢) فالتبرع يلتزم بعمل^(٣) أو بالامتناع عن عمل^(٤) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « يعرف المشروع الحبة تعريفاً يميزها عن غيرها من أعمال التبرعات ، فهي تشترك مع سائر التبرعات - كعارية الاستعمال والوديعة دون مقابل - في أنها تجعل الموهوب له يثرى دون عوض ، وفي أنها تقرن بنية التبرع . ولكنها تنفرد بخصوصية هي أنها من أعمال التصرف ، فالواهب يلتزم بنقل ملكية دون مقابل . ويترتب على ذلك أن الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، كما في عارية الاستعمال والوديعة ، لا يكون حبة وإن كان تبرعاً^(٥) .

(١) هي والرصية ، ويسميان بالطايا (libéralités)

(٢) ويطلق عليها عادة عقود التفضل أو عقود التبرع بالخدمات (actes de bienfaisance, contrats de services gratuits)

(٣) وقد قضت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ، في قضية تبرع فيها أستاذ بإلقاء محاضرات في الجلسة ثم رجع عن تبرعه وطلب بأجر محاضراته ، بأن التطوع لإلقاء محاضرات دون القضاء مقابل عنها يجمع بين التبرع بالالتزام بعمل وهو حبة غير مباشرة وبين إسقاط الحق في المقابل الذي تعلق بلمة المدين بإيرائه منه وهو حبة غير مباشرة كذلك (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ١١٠ ص ٢٥٨) . وكان الأولى أن يقال هناك إن التصرف ليس حبة بل هو من عقود التفضل ، إذ المتصرف قد تبرع بمسكه والتبرع بالعمل لا يمد حبة ولو غير مباشرة ، ومن ثم لا تسري أحكام الرجوع في الحبة . ولو كان المتصرف قد تبرع بأجر العمل - لا بالعمل ذاته - لكان التصرف حبة غير مباشرة ، ولسرت عليها الأحكام الموضوعية للحبة ومنها جواز الرجوع . وقد اضطرت المحكمة بعد القول بأن التصرف حبة غير مباشرة أن تقول يجوز الرجوع فيها ، ومن ثم بحثت الأسباب التي قصها المتبرع للرجوع في حبه فلم تجد فيها مقبولا .

(٤) ومع ذلك فإن أوبري ورو وإسبان ١٠قرة ٦٤٤ ص ٣٩٣ - وفي الفقه الإسلامي يتدرج تحت التبرع ثلاثة أنواع : (أ) تبرع بمحض ، كاللمة والصدقة والرصية والوقف والإعارة . (ب) تبرع ابتداء وهو تملؤة انتهاء ، كالتفرض والكفالة والحبة بشرط العوض . (ج) تبرع ضمن عقد مملؤة . كالمهاياة في البيع والشراء وكالزيادة على المهر . انظر الأستاذ أحمد إبراهيم في الزلوم التبرعات مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ٦٠٥ .

(٥) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٤٤ - انظر بواتار (Boitard) في عقود

التبرع بالخدمات باريس سنة ١٩٤١

فالواهب إذن يتصرف في مال له دون عوض . ومعنى ذلك في الأصل أنه يلزم بنقل حق عيني إلى الموهوب له . ويتحقق هذا بالتصرف مباشرة في المال ، فينقل الواهب للموهوب له ملكية عقار أو منقول . وليس من الضروري أن يكون الحق الموهوب هو حق الملكية في العقار أو المنقول ، بل يجوز أن يكون حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق حكر أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية^(١) وقد يكون معنى ذلك أيضاً أن يلزم الواهب للموهوب له بحق شخصي هو إعطاء شيء (obligation de donner) ، فيجوز أن تتحقق الحبة ، لا عن طريق الالتزام بنقل حق عيني ، بل بطريق الالتزام بحق شخصي كأن يلزم الواهب للموهوب له بمبلغ من النقود ، وهذا تصرف غير مباشر في المال إذ هو إنقاص من مجموع ذمة الواهب .

ولما كانت الحبة تصرفاً في المال ، فقد خرجت الكفالة العينية عن أن تكون حبة . ذلك أن الكفيل العيني ، وإن كان يتصرف في ماله بأن ينقل شيئاً مملوكاً له برهن ضماناً للدين شخص آخر ، إلا أنه لا يلزم بنقل حق عيني أصلي لا إلى الدائن ولا إلى المدين . وإذا تزعت ملكية العين المقتلة بالرهن وفاء للدين ، فإن الكفيل العيني له حق الرجوع على المدين بما وفاه من دينه ، وإذا نزل عن هذا الحق فإنه يكون متبرعاً به لا بحق الرهن الذي نقل به العين^(٢) .

(١) وليس من الضروري أن يكون التصرف هاتماً ، فيصح أن تكون الحبة مطلقة على شرط فاسخ أو على شرط واقف . كذلك يصح أن يكون تسليم الموهوب له مقترناً بأجل ، وقد يكون هذا الأجل هو موت الواهب كما سبق القول .

(٢) وكالكفيل العيني الكفيل الشخصي ، فإنه لا يلزم إلا بكفالة حق ، وإذا وفي الحق المكفول فإن له حق الرجوع على المدين الأصلي (أنسيكلوبيدي مالروز ٢ نقت donation فقرة ٢٩) .

وقد كان الشروع التمهيد يتضمن عبارة في هذا المعنى ، فكانت الفقرة الأولى من المادة -

ويعتبر مما قلناه أنه لا يعتبر حبة - وإن كان يعتبر تبرعاً - أن يحتج المتبرع عن الإبراء ، إذ الواجب يجب أن يفترق ، بأن يلتزم بنقل حق حتى أو أن يلتزم بحق شخصي بإعطاء شيء كما قلنا . فإذا رفض الموصى له وصية ، أو رفض المتبرع في الاشتراط لمصلحة الغير الحق المشرط لمصلحة^(١) ، فليس هنا حبة . ويعتبر أيضاً أن الإبراء من الدين وهو نزول من حق شخصي ، والاشتراط لمصلحة الغير وهو إلزام الغير بحق شخصي للمتبرع ، ليس حبة مباشرة ، وإنما حبة غير مباشرة ، لأنها لا يتضمنان إلزاماً بنقل حق حتى أو إلزاماً بحق شخصي^(٢) .

فالحة المقصودة في هذا الباب هي الحبة المباشرة ، وهي التي لا تتحقق إلا بأن يلتزم الواهب بنقل حق حتى إلى الموهوب له أو أن يلتزم له بحق شخصي بالإعطاء . وهذه الحبة المباشرة هي التي تسري عليها أحكام الحبة ، فتشترط فيها الشككية وتستوجب أهلية المتبرع ، وتخفف فيها من ضمان الاستحقاق وضمان العيب ، ويجوز الرجوع فيها إلا في أحوال معينة . وأهم هذه الأحكام هي الشككية ، وهو حكم تفرد به الحبة المباشرة .

٦٥٩ من هذا المشروع تنص على أن « الحبة هذه تصرف بمقتضى الواجب في مال له دون عوض ، ويكون من شأن هذا التصرف أن يرى الموهوب له » . فهذا الشرط الأخير يخرج الكلمات الشككية ، إذ ليس من شأنها أن تجعل للدين أثر ، ولكن العبارة حلفت في لغة المراجعة (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٤٤ - وانظر أيضاً فقرة ٢٢٤ في المجلد) .

- (١) انسيكلوبيدي مالوز ، لفظ donation فقرة ٥٠ وقرة ٥٤ .
 - (٢) وإلى هنا تشير المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : إذ تقول : « ولا يكون الاستعانة من الإبراء من باب أولى حبة ، فإذا رفض الموهوب له الوصية ، أو رفض المتبرع في الاشتراط لمصلحة الغير الحق المشرط لمصلحة ، فلا يعتبر ذلك حبة منها . كذلك لا يكون الإبراء من الدين والاشتراط لمصلحة الغير إلا حبة غير مباشرة ، لأنها لا تشمل على الإلزام بنقل الملكية » (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٤٤) .
- هذا ويعتبر حبة غير مباشرة أن يلتزم شخص بوفاء دين على الغير ، وأن ينقل شخص حصة من أصل على سبيل التبرع في دون فية الرجوع على الدين الأصل .

٤ - ووجه حرمه : والتزام الواهب يجب ألا يقابله عوض ،
إذ المبة تصرف في المال دون عوض كما ورد في النص (م ١/٤٣٤ مدني) .
فهى افتقار من جانب الواهب ، وإثراء من جانب الموهوب له ، وقد
ترتب هذا الإثراء على ذلك الافتقار^(١) . ولكنه ليس إثراء بلا سبب ،
فلا يستطيع الواهب أن يسترد المبة إلا في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع ،
إذ الأثر هنا سببه عقد المبة .

وليس يمنع أن تكون المبة دون عوض أن تكون من المبات المتبادلة
(dons mutuels) . فقد يهب شخص آخر شيئاً ، ثم يهب الموهوب له
شيئاً للواهب ، فتكون المبتان متبادلتين . وتكون كل منهما دون عوض ،
لأن كلا من المبتين ليس عوضاً عن المبة الأخرى ، بل كل واحد قد
وهب بنية التبرع غير ناظر إلى المبة الأخرى كمعوض عن جهة . وينطبق
ذلك أيضاً على الهدايا المتبادلة في مناسبات معينة ، كالأفراح وحفلات
القران وأعياد الميلاد ، فالصديق يقدم هدية لصديقة في إحدى هذه
المناسبات قاصداً التبرع ، ولا يتنى هذه النية عنده أنه يتوقع أن صديقه
سيقدم له هدية في مناسبة مقبلة^(٢) .

(١) وليس من الضروري أن تكون قيمة الإثراء معادلة لقيمة الافتقار . ففى عقد التأمين
يكون إثراء المتع (الموهوب له) بمقدار مبلغ التأمين ، والافتقار المشروط (الواهب) بمقدار
أقساط التأمين . وقد لا تصادق القيمتان كما هو الحال . والمبلغ الموهوب يعتبر أقل القيمتين
(بلائيول ورييروتانسبو ٢٢٥ - الأستاذ محمود جبالقطين زكى ص ٦٨ هامش رقم ٢) .
(٢) بلائيول ورييروتانسبو ٥ - ققرة ٣٣٠ - بلائيول ورييروتانسبو ٣ - ققرة
٣٢٥١ - لابلجل (Laplagne) في السطاي المتبادلة والمضاربة رسالة من رن سنة ١٩٢٨ -
أوبري ورو وإيمان ١٠ - ققرة ٦٤٤ ص ٣٩٨ ولكن قلون ص ٤٠٠ .
وقد قضت محكمة الصنف بأن ما يقدمه الناس بعضهم لبعض في الأفراح باسم « التهنؤة »
إن هو إلا مبة تم بالتبرع ، ولا حق للواهب في طلب استرداد مبه . والموهوب له حق ردّها
بطلبها أو أقل لو أكثر منها ، في ظروف كالظروف التي أعطاها فيها ، وهذا يكون بالتراضي
لا يحكم القاضي (٢٩ يناير سنة ١٩٣٤ الجلسة ١٥ رقم ٢٧ / ٦٠) .

وتقرر الفقرة الثانية من المادة ٤٨٦ مدني بأنه يجوز الواهب أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين ، ولا يمنع ذلك من أن يكون التقديرية . فيصح أن يفرض الواهب على الموهوب له التزاماً لمصلحة الموهوب له نفسه ، كأن يجب له مبلغاً من المال ويلزمه إنفاقه في القيام برحلة علمية يفيد منها^(١) ، أو في الإنفاق منه على تحصيل العلم ، أو في شراء عقار أو سندات مالية يدرهها ، أو نحو ذلك مما هو في مصلحة الموهوب له^(٢) . وواضح أن هذا الالتزام إنما قرره الواهب لمصلحة الموهوب له ، فهو والمدة معاً يفيدان الموهوب له فائدة محضة^(٣) .

(١) أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٩

(٢) وقد يشترط الواهب عدم التصرف في العقار الموهوب لمصلحة الموهوب له نفسه .
(٣) أوبري ورو وإسبان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٤ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٣٩ .

وقد تكون الجهة لشخص معنوي ويشترط الواهب تخصيص المال الموهوب لبناء مستشفى أو لمدرسة أو نحو ذلك ، وهذا أيضاً في مصلحة الموهوب له إذ يمتنع على تحقيق أغراضه الشخصية . وقد تكون جهة الالتزام المفروض على الموهوب له أكبر من قيمة المال الموهوب ، كأن يجب شخص بمهمة غيرية مبلغاً من المال على أن تنشئ مستشفى تزيد تكاليفه على هذا المبلغ فيبقى مع ذلك التصرف تبرعاً . فاردن مع ذلك محكمة استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ الحامدة ٢٠ رقم ٨٥ ، حيث ذهبت ، في قضية تبرع فيها شخص بقطعة أرض مجلس مديرية المنيا ليقوم ببناء مدرسة أولية للبنات عليها ، إلى أن القصد من عقود المعاوضة غير المسبقة ، وأنها محكمة النقض في ذلك : نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ بمجموعة مرجع رقم ٤٩ ص ١٥٣

ويسمى الفقه في بعض الأحيان الجهة المترتبة بالالتزام لمصلحة الموهوب له بالجهة الحقيقية ، تمييزاً لها عن الجهة بعوض ، ويكون كل من الجهة الحقيقية والجهة بعوض جهة مثقلة بأحكام أوتكاليف . ويجب التمييز بين هذه الجهة المثقلة بالأحكام والتكاليف وبين الجهة المثقلة على شرط فاسخ . فقد يجب شخص زوجة منزلاً ، ويشترط عليها ألا تنزوج بعد وفاته . فيكون هذا الالتزام إما حباً يترتب بالجهة وفي هذه الحالة قد يكون الباحث عليه غير مشروع فيبقى مع بقاء الجهة ، وإما شرطاً فاسخاً إذا تحقق انقضاء الجهة من تلقاء نفسها . وسيل التفرقة بين العيب والشرط الفاسخ أن الواهب في حالة العيب أراد إلزام الموهوب له بتحملة ضرورة ، أما في حالة الشرط الفاسخ فقد ترك له الحرية بين التزامه بقبول الجهة أو عدم التزامه بتنفيذ (انظر في هذا المعنى لأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ٧٨ حاشي رقم ٢) .

على أنه يجوز أن يكون الالتزام مفروضاً لمصلحة الواهب له ، وقد أوردت المادة ١/٤٩٩ مدني مثلاً لذلك عندما نصت على أنه « إذا اشترط الواهب عوضاً من الهبة وقاه ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزماً إلا بوفاء الدينون التي كانت موجودة وقت الهبة ، هذا ما لم يتفق على غيره » . فيصح إذن أن يشترط الواهب على الموهوب له أن يبقى بما عليه من دين بعد أن تجرد له عن المال الذي كان يصح أن يبقى منه هذا الدين ، وما دام أقل من قيمة المال الموهوب فإن الفرق بين هذه القيمة والدين يعتبر هبة بلا عوض^(١) . والفقرة الثانية من المادة ٤٩٩ مدني تفرض التزاماً في ذمة الموهوب له بوفاء الدين ، وذلك « إذا كان الشيء الموهوب مثلاً بحق عيني ضماناً للدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك » . وسنتناول نص المادة ٤٩٩ مدني تفصيلاً فيما يلي^(٢) .

وإذا كانت الهبة لا تتحقق إلا إذا كانت سبباً في إثراء الموهوب له ، فذلك لا يمنع من أن تكون بعض ، ويكون المقدار المتبرع به في هذه الحالة هو الفرق بين قيمة المال الموهوب والعوض المشروط ، بحيث إذا تبين أن قيمة العوض المشروط تعادل قيمة المال الموهوب أو تقاربها كان العقد معطوفاً لا هبة^(٣) . وإذا تبين أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض المشروط - ويتحقق ذلك غالباً إذا كان الموهوب له على غير بينة من أمره - لم يمكن الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء .

(١) أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٣

(٢) أنظر فقرة ٥٥٥

(٣) بودي وكولان ١٠ فقرة ١٦ - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة

٣٩ - فقرة ٤٠ - وقد يكون التصرف مخططاً يدر بين الموهبة والهبة ، كإتي البيع بمسابقة ، وسوى أن الهبة تكون حاضرة مسترة لا تستوجب الشكلية (انظر ما يلي فقرة ٤٨٤ - وانظر لويدي وروو إيهان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٩) .

الموهوب (م ٤٩٨ مدني)^(١) . والعوض إما أن يشترط لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة (م ٤٩٧ مدني) ، وسيأتي بيان ذلك تفصيلاً فيما يلي^(٢) . وقد يكون عوض إيراداً مرتباً مدى الحياة لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي ، وقد يعادل هذا الإيراد ريع العين الموهوبة أو يزيد عليه ، وقد يهب للشخص ماله لآخر ويشترط عوضاً لذلك النفقة عليه ، فلا يمنع العوض في كل هذه الحالات من أن يكون العقد هبة بمقدار الفرق بين العين الموهوبة والعوض^(٣) كما سبق القول .

● - نية التبرع : ولا يكفي لتحقيق الهبة أن يتصرف الواهب في مال له دون عوض ، بل يجب إلى جانب ذلك قيام العنصر المعنوي في الهبة ، وهو نية التبرع^(٤) (*animus donandi, intention libérale*) . فقد يتصرف الشخص في ماله دون عوض ولا تكون عنده نية التبرع^(٥) ، كأن يوفى

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع المقيس : « ولا يبنى نية التبرع أن يشترط الواهب عوضاً له ، والعوض هو التزام ينشأ عقد الهبة في ذمة الموهوب له لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة ، على تفصيل سيأتي . ويكون العوض مادة أقل من الهبة ، ولا يجوز حل كل حال أن يكون أكبر منها وإلا فالموهوب له لا يرد منه إلا بقدر الموهوب » (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٤٤) .

(٢) انظر ما يلي فقرة ٥٢٢ وما بعدها و فقرة ٥٥١ وما بعدها .

(٣) فلذا تبين من الظروف ، وبخاصة من من الواهب وحالته الصحية ، أن ما أعطاه يعادل الإيراد الذي اشترطه كان العقد في هذه الحالة يبرأ لاجبة .

(٤) ونية التبرع سألة نفسية ، والمبرة فيها بما يقوم بنفس المتبرع وقت التبرع ، حل قصد تصفية من جانيه دون أن يقصد متفعة فتتوافر نية المتبرع حتى لو جنى فيه بعد متفعة لم تدخل في حسابه ، أو قصد من وراء تبرعه متفعة تعود عليه فتنتفي نية التبرع حتى لو تخلفت هذه المتفعة . وما صي أن يقصد المتبرع من متفعة من وراء تبرعه لا يدخل بطبيعة الحال في نطاق العقد ، وإلا كانت المسألة تتعلق بعوض الهبة لا بنية التبرع . انظر في ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٣٢ - فقرة ٣٣ .

(٥) (بلانويول وريبير وترانسو فقرة ٣٢٤ - فقرة ٣٢٥ - ييدان ٦ فقرة ٧ - =

بالتزام طبيعي ، فهو لا يتبرع وإنما يوفى ديناً وإن كان لا يجبر على الوفاء به ، فيكون تصرفه هذا وفاء لا هبة . ولا يستطيع الرجوع فيه ، حتى في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع في الهبة ، كما لا يستوجب الرسمية^(١) . وعما يعتبر وفاء بالتزام طبيعي تجهيز الأب ابنته ، أو إعطاء الأب ابنه المهر ليعينه على الزواج ، أو إعطاؤه مبلغاً من المال ينشئ به متجراً أو نحو ذلك ، ففي جميع هذه الأحوال إنما يوفى الأب بالتزام طبيعي ، فهو لا يتبرع ، ويكون تصرفه هذا وفاء لا هبة^(٢) .

وتنتفي نية التبرع في عطايا المكافأة (dons rémunératoires) ، وهي العطايا المقدمة للإثابة على خدمة أو صنيع . فمن ينفع خادماً له مبلغاً من المال مكافأة له على إخلاصه في العمل لا يعطى هبة ، ولكنه يبنى بالتزام طبيعي . ذلك أن عطايا المكافأة أو هبات المجازاة تكون معاوضة إذا كانت وفاء بالتزام طبيعي^(٣) .

= فقرة ١٠ وفقرة ٢١ - فقرة ٢٧ ، چوسران في البواص في التصرفات القانونية فقرة ٢٥٤ وما بعدها - كولان وكايتان ٣ فقرة ٨٢١ - بلانيول وريير وبولانجه ٣ فقرة ٢٢٢٥ وما بعدها - شامبو (Champeau) في فكرة التصرفات التبرعية رسالة عن سراسبورج سنة ١٩٣١ .

(١) استئناف مخطط ٤ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢٧ .

(٢) استئناف مخطط ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٢-٢٦ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٨٧ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٧ (بالنسبة إلى القانون اليوناني) - محكمة مصر الكلية المخططة ١٩ فبراير سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٠٢ (بالنسبة إلى القانونين الفرنسي والألماني) .

(٣) ويوجد هذا الالتزام الطبيعي بقبول ثلاثة : أن تكون الخدمات مقدرة القيمة أي يمكن تقديرها بالنقد ، وألا يكون في تأديتها وفاء بالتزام مدني ، وألا تكون قد قدمت على وجه التبرع (تبال Timbal ص ١٤٥ - ص ١٤٩ - بودري وكولان فقرة ١١٣٥ - أوبري ورو وإسبان. انقرة ١٤٤ ص ٣٩٧ - انيكلويدي دالوز لفظ donation فقرة ١٥ وفقرة ١٧ - وانظر في النقص والنقص في مصر الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود فقرة ٢٦٨ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٣٧ - استئناف وطني ١٧ فبراير =

وتتقن نية التبرع أيضاً في المكافآت السنوية التي تعطى الشركات
لإستخدامها وللعمال بالإضافة إلى مرتباتهم ، فهذه عطايا لا تعتبر هبة ،
بل هي جزء من المرتب وإن كانت جزءاً غير ثابت^(١) . والنفقة
(البشيش) التي يتضحها العميل لخدمة المقاهي والمناجم والمقناتق وما إليها
لا تعتبر هبة ، بل هي جزء من الأجر ترتب بحكم العرف^(٢) .

وقد يعطى الشخص مالا ولكنه لا يقصد به التبرع المحض ، بل يقصد
جنى منفعة مادية أو أدبية ، فتتقن في هذه الحالة نية التبرع ، ولا يعتبر
التصرف هبة . فإذا أعطت البلدية أرضاً دون مقابل لشركة لتفتش عليها
فندقاً في مصيف أو مشق ، وقد فصلت البلدية بهذه العطية رواج المصيف
أو المشق ، فقد فصلت جنى منفعة مادية ، وانضت عندها نية التبرع ،
فلا يعتبر تصرفها هبة^(٣) . وإعطاء الحكومة أرضاً بشرط تعميمها لا يعتبر

- سنة ١٩٠٧ المحرق ٢٢ ص ٢٦٥ - ١٦ يناير سنة ١٩٠٩ المحرق ٢٤ - ٢٤٣ - استئناف
مخطط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٨ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠ . وفي
مصر يحسن عدم التشدد في بعض هذه الشروط ، وبخاصة الشرط الذي يقتضى بأن الخطة يجب
أن تكون مما يمكن تقديمه بالنقد ، فالإجابة على إنقاذ الحياة أو الشرف - وهذه خصصت
لا تقدم بمال - أولى أن تكون وفاء بالتزام طبعى (انظر في هذا المعنى الأستاذ أكثم الخولى
غرفة ٢٦١ ، وقانون استئناف مخطط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠) .

(١) بلانيول وريبير وترانسو • فترة ٣١٨ - بلانيول وريبير ويولانيه ٣ فترة
٢٢٤٠ - روست وديران في التشرع المتامى فترة ٢٨٨ - وقارب أوبرى ورو وإسان ١٠
فترة ٦٤٤ ص ٣٩٦ - وانظر نقض فرنسى (الموائر المختصة) في • أسطى سنة ١٩٤١
جازيت دي باليه ١٩٤١ - ٢ - ٢٧٤ .

(٢) قارب أوبرى ورو وإسان ١٠ فترة ٦٤٤ ش ٣٩٦ - ص ٣٩٧ - وانظر مكسى
ذلك بلانيول وريبير وترانسو • فترة ٣١٧ - بلانيول وريبير ويولانيه ٣ فترة ٢٢٤١ -
أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ *donation* فترة ٢٦ .

(٣) وكانت بلدية مرسيليا أعطت لابلليون ثلثا قطعة أرض ليشتد عليها قصرأ ، فلما
سقط أنشأت البلدية دعوى مطالبة ببطالن التصرف باعتباره هبة لم تنسوف الشكلية الواجبة . -

هبة^(١) . وإذا أعطى شخص مالا لوزارة الأوقاف لتبنى به مسجداً واشترط أن يدفن فيه ، انتفت عنده نية التبرع ، إذ يكون قد قصد بذلك جنى منفعة أدبية ، فلا يكون تصرفه هبة . ومن يعطى مالا لإنشاء مدرسة أو مستشفى ، ويشترط أن تسمى المؤسسة باسمه ، فإنه يكون قد قصد جنى منفعة أدبية ، ولا يعتبر تصرفه هبة^(٢) .

— ظلت محكمة النقض القرونية إلى أن التصرف هنا معاوضة لا تستوجب الهبة كلية ، لأن البلدية لم يكن متعاقبة التبرع بالأرض ، بل قصدت جنى منفعة مادية من وراء هذا التصرف لما يعود على الجهة من غير مادي لوشيد الإمبراطور التبرع فيها (نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٨٨ سيرة ٩٤-٤٣٩- وانظر لأوبري دور وإسبان ١٠ بقرة ٦٤٤ ص ٣٩٤ وعلش وقم ٩) . وإذا أعطى شخص أرضاً لوزارة المعارف لتبنى عليها مدرسة ، أو أرضاً لوزارة العدل لتبنى عليها محكمة ، وهو يقصد من هذا التصرف أن يصنع أرانبه الأخرى المجاورة لهذه الأرض لدى أسطفا ، لم يكن التصرف بنية التبرع فلا يكون هبة . وإذا قزل شخص من أرض لوزارة الأشغال خفر ترعة تيسر عليه الري ، أو دفعت شركة أرض مبلتا من المال لإنشاء طريق يصنع أرانبها ، فن جميع هذه الأحوال لا يجوز للتصرف أن يخرج بعدم رسية الهبة فإن القصد معاوضة لا تستوجب الهبة (فالوار ص ١٠٤ - شيفاليه ص ٣٣ وما بعدها) : وإذا تبرع القرص هبوره بمال بمد يلوته من الرش وكان ذلك حتى لا يظن في حساب الوصاية ، فإن التصرف لا يكون هبة لأنه ليس مصحوباً بنية التبرع (أنسكلويدى دالوز ٢ لفظ donation بقرة ٢٢) . وإذا قزل دائنو المفسر في الصلح منه من جزء من ديونهم ليتسرفهم الحصول على الباقي ، لم يكن هذا تبرعاً . وانقضاء فكرة التبرع سائلة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (أنسكلويدى دالوز ٢ لفظ donation بقرة ٢٤) .

(١) محكمة مصر ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٢٦٩ - ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية في قضية تنازل فيها شخص لمجلس مديرية البحيرة عن قطعة أرض لبناء مدرسة أولية عليها ، وتعهد بتسليمها للسبلس بموجب عقد عرف ثم لم ينفذ تعهده ، بأن هذا عقد هبة وقع باطلاً لحصوله بقصد عرف (١٧ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ وقم ٤١١ ص ٥٣٧)

(٢) لأوبري دور وإسبان ١٠ بقرة ٦٤٤ ص ٣٩٥ - وإذا تبرع ثرى لسل غيرى للحصول على لقب لم يكن تصرفه هذا هبة لانقضاء نية التبرع .

والمقصود بالمنفعة الأدبية أن تكون منفعة ذاتية للتبرع ، فلا يمكن بطلية المال لنز نية التبرع أن يكون من تبرع لإنشاء مستشفى قد قصد المعاوضة في مكافئة للمرضى، أو لإنشاء مدرسة —

فيجب إذن في الهبة أن تتمحض نية الواهب للتبرع^(١) ، دون أن يقصد وفاء بالزام طبيعي ، ودون أن يهدف إلى الإثابة على صنيع ، أو إلى جني منفعة مادية أو أدبية^(٢) .

٦ - فصائل الهبة واشتباهاها ببعض التصرفات الأخرى :

والهبة التي بسطنا مقوماتها فيما تقدم هي الهبة المباشرة كما سبق القول .

— قد قصد المساحة في نشر العلم ، فهذه ليست منافع ذاتية للتبرع ، بل هو قد توخى تحقيق المصلحة العامة . وهناك جانب من القفه يذهب إلى أن المنفعة الأدبية لا تكن لنز وصف الهبة حتى لو كانت ذاتية ، لخفاء التصبر النفس في هذه الحالة ، ولكن الرأي القالب في القفه المصري هو أن المنفعة الأدبية الذاتية تكن لنز وصف الهبة (نظرية المقذ المؤلف فقرة ١٤٢ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٢٤) .

(١) وقد تكون نية المتبرع منصرفة لا إلى المتصدق الآخر بل إلى الغير ، كالكتيل إذا كفل المدين دون مقابل ، وقد انصرفت نية المتبرع هنا إلى المدين المكفول لا إلى الدائن ، وتكون الكفالة معوضة بالنسبة إلى الدائن وتبرعاً بالنسبة إلى المدين . وكذلك الاشتراط لمصلحة الغير دون مقابل من المتضغ قد انصرفت فيه نية للتبرع إلى الغير وهو المتضغ ، ويكون الاشتراط معوضة بالنسبة إلى كل من المشترط والمتعهد ، وتبرعاً بالنسبة إلى المتضغ . ولكن يلاحظ أن الهبة هنا ليست هبة مباشرة ، فهي في الكفالة تبرع بمنه العام ، وهي في الاشتراط لمصلحة الغير هبة غير مباشرة .

(٢) ويخلص بما قلناه أن عناصر الهبة تضافت في أوجسيتها تبعاً للقواعد المراد تطبيقها .
فلذا أريد تطبيق قواعد الهبة المتصلة بمجابهة الواهب ، كوجوب الشكلية وجواز الرجوع واشتراط أهلية خاصة ، رجح التصبر المعنوي للهبة وهو نية للتبرع ، ووجب أن تقوم هذه الهبة مخصصة حتى تسمى هذه القواعد . وإذا أريد تطبيق قواعد الهبة المتصلة بمجابهة ودة الواهب ، رجح التصبر المادي ، وبخاصة ما يرجع منه إلى انقضاء الواهب دون مقابل يأخذه . وإذا أريد تطبيق قواعد الهبة المتصلة بمجابهة دائي الواهب ، رجح هنا أيضاً التصبر المادي ، وبخاصة ما يرجع منه إلى إثراء الموهوب له دون مقابل يطيه . فالنسبة إذن تسود الهبة ، ويرجع عنصر أو آخر من عناصرها تبعاً لقواعد المراد تطبيقها ، وبالنسبة إلى هذه القواعد دون غيرها (انظر في هذا المعنى بلاتيرول وديوير وترانسو ٥ فقرة ٢٢٢ - بلاتيرول وديوير بولانجي ٢ فقرة ٢٢٢ - فالوار ص ١٢٨ - تالبال ص ١٥٩ وما بعدها - أنسيكلويدى دالروز ٢ لفظ donation فقرة ٥٥ - فقرة ٦٠ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ٨٢ - ص ٨٥ الأستاذ أكثم الكولى فقرة ٦٦) .

وهذه لها خصائص ، من أهمها أنها عقد شكلي^(١) وقد يكون عينيا في المقول كما سنرى ، وأنها عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواهب فلا يلتزم الموهوب له بشيء إلا إذا اشترط الموصى فتكون الهبة ملزمة للجائنين ، وأنها عقد تبرع^(٢) إذ من مقوماتها نية التبرع كما قلنا .

ويجوز أن تسر الهبة وصية ، وقد رأينا في عقد البيع كيف يسر البيع الوصية ، فكذلك الهبة . ويعمد الموصى إلى إفراغ وصيته في صورة هبة ، ويشترط عادة استبقاء المنفعة وعدم تصرف الموهوب له في العين الموهوبة . فإذا استخلص القاضى من ظروف التعاقد أن التصرف الحقيقى هو وصية يسرها عقد الهبة ، أجرى عليها أحكام الوصية فلا تنفذ بغير إجازة الورثة إلا في ثلث التركة^(٣) . ولكن الذى يقع عادة في العمل هو سر الوصية ببيع لاهية ، فالبيع أكثر صلابة من الهبة في سر الوصية ، وقد بسطنا القول في ذلك عند الكلام في البيع .

(١) وقد فرغت الشكلية لأن الواهب يتبرع من ماله دون مقابل ، وهذا ضارب به وبودته من هذه . فالصرف خطير فيه المشرع إلى خطره من طريق انتضاء الرسية فيه ، حتى يتبع الوقت الواهب ليتبرع لهذا الصرف ، وكل يقضى فيه أو يثنى عنه .

(٢) ولما كانت الهبة تبرعاً فقد اشترطت فيها الشكلية لخطرها . كذلك اشترطت فيها أهلية خاصة ، فأهلية التبرع أنيق بكثير من أهلية التصرف . وجعلت هبة المال المستعمل بائنة ، وجعل القاطع في الشخص جوهرياً ، وعنف ضمان الاستحقاق وضمان الهبة ، وجعل الرجوع فيها إلا للمنع ، وسر فيها الخلق بالصوى البرولية . وكل هذه أحكام ترد إلى أن الهبة خروج عن المال دون مقابل ، فوجب أن يقوم في شأنها من المحظورات ما لا يقوم في شأن الموهوبات .

(٣) وقد تسر الهبة أو الوصية وفقاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تصرف مبيعاً بالوصية والإيجاب والوقت حل للكتائب والمقراء وكل ينته ، حل أن كل من مات من ينته يكون نصيباً لأولادها بالتساوى ، فإن لم يكن لها ولد فيكون نصيباً إلى أخواتها ، وهكذا إلى إقران الأقارب ، فيكون ما أوصى به وفقاً طويلاً وحسباً غلظاً يصرف ويهدى على جهات الغير الهبة ، فإن هذا الصرف ليس وصية ، بل هو في الواقع وقف مضاف إلى ما به الموت ، لأن الماتون الموصى لا يعرف الوصية بحق الانتفاع المأبذ إلا إذا أخرجها الموصى مخرج الوقت بالأوضاع المعروفة (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ بمجموعة مر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) .

ويموز أن يتر البيع الهبة ، ليكون العقد هبة في صورة بيع ، ويذكر في العقد ثمن صوري لا ينوي البائع أن يتقاضاه ، فيكون العقد في هذه الحالة هبة لا بيعاً^(١) ، تجرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع ، ولكنه يعنى من الرسمية على النحو الذى سنبحثه فيما يلى :

ويموز أن يلتبس البيع بالهبة إذا كانت الهبة مقترنة بعوض . وما دام العوض أقل قيمة من الموهوب ، فالفرق هبة . ولكن إذا كان العوض يعادل قيمة الموهوب أو يقاربها ، فالعقد معاوضة لا هبة ، ويكون بيعاً أو مقايضة بحسب طبيعة العوض .

٧ - الهبة في التقنين المرنى الجبرمى وتصل بالميراث - الشريعة
الإسলামية والشافعية والحنبلية والحنفية : وبلاحظ أن التقنين المرنى الجديد قد نظم عقد الهبة تنظيلاً كاملاً كما سنرى . وقد اقتبس كثيراً من أحكامه من الفقه الإسلامى لا من القانون الفرنسى ، واقتبس بوجه خاص من الفقه الإسلامى أن الهبة لا تتصل بالميراث كما تتصل في القانون الفرنسى .

ففي القانون الفرنسى تتصل الهبة اتصالاً وثيقاً بالميراث ، إلى حد أنه يقرر على الموهوب له الورثة حقان : حق الرجوع (droit de rapport) إذا كانت الهبة لوarith فيجب على الموهوب له الوarith أن يرجع الهبة إلى التركة بعد موت الواهب فتوزع على جميع الورثة كل بقدر نصيبه ، وحق

(١) نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٢ من ٢٩٨ - ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ من ٥٤٧ - ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ من ٥٧٤ - ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٩ من ٣٧٩ - ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ من ٥٦٤ .

والواقع من الأمر أن الهبة السافرة نافذة في التماثل ، وأكثر ما يقع هو أن تستر الهبة في صورة بيع ، فنص من الرسمية . بل قد تكسب الهبة المسترة بالبيع في ورقة رسمية ، ويقصد من استرها بالبيع هو أن تكسب صلاية عقود المعاوضة ولو في الظاهر .

الإقصاص (droit de réduction) إذا كانت الهبة لغير وارث وكانت تزيد على نصاب الوصية . فالهبة والوصية في القانون الفرنسي متصلتان على هذا النحو اتصالاً وثيقاً بالميراث .

أما في الشريعة الإسلامية ، وقد سار على غرارها التقنين المدني المصري ، فلا تتصل الهبة بالميراث إلا إذا كانت صادرة في مرض الموت ، وعند ذلك يكون لها حكم الوصية ولا تجوز إلا في الثلث . وليس هذا خاصاً بالهبة وحدها ، بل كل تصرف يصدر في مرض الموت على سبيل التبرع يكون له حكم الوصية . فإذا صدرت الهبة في صحة الواهب . لم يكن لها حكم الوصية ولم تتصل بالميراث ، بل يجوز للشخص أن يهب جميع أمواله ولو لوارث ولا يتقيد بالثلث . ذلك أن الهبة تجرد عن المال في الحال ، فاحتضنت الشريعة الإسلامية في الحد من الإسراف في الهبة على الطبيعة البشرية إذ لا تطيب نفس الإنسان عن التجرد عن ماله في الحال إلا بقدر . أما الوصية فلا تنفذ إلا بعد الموت ، فلا يبالي الإنسان أن يخرج عن كل ماله ما دام ذلك لا ينفذ إلا بعد موته ، فوجب الحد من الإسراف في الوصية لحماية الورثة ، فتقيدت بالثلث على ما قلنا

٨ - تنظيم هبة الهبة في التقنين المدني السابق : لم يتناول التقنين المدني السابق عقد الهبة بتنظيم شامل ، بل اقتصر على إيرادها ضمن أسباب نقل الملكية . وعنى بوجه خاص بالشكل الذي يجب أن تفرغ فيه الهبة ، فذكر أنها لا تتم إلا بورقة رسمية ، ما لم تكن مسترة تحت اسم عقد آخر ، أو كانت هبة مقول فيجوز أن تتم بالقبض (م ٧٠ / ٤٨ - ٧١ / ٤٩) . ثم ذكر بعض أحكام موضوعية متاثرة ، بعضها يتصل بموت الواهب أو فقدته لأهليته قبل قبول الهبة (م ٥٠ / ٧٢) ، وبعضها يتصل بقبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان هذا قد مات قبل القبول (م ٥١ / ١٠٠) ، وبعضها يتصل بالهبة والوقف وإضراراً بحقوق الدائنين (م ٥٣ / ٧٦ و ٧٤

مخلط) . وقد قصد التقنين المدني السابق أن يكل بقية الأحكام الموضوعية في الهبة إلى الفقه الإسلامي ، إذ اعتبرها من موضوعات الأحوال الشخصية^(١) .

وهذا التنظيم غير الشامل لم يكن له مبرر ، بل إن وضع الهبة ضمن أسباب نقل الملكية لم يكن له محل بعد أن تقدم ذكر العقد ، فالهبة تنقل

(١) الأستاذ محمد كامل مرسى في الأموال فقرة ٦٠٨ - فقرة ٦٠٩ ، وفي العقود المصاة ٢ فقرة ١ - فقرة ٢ - في مخلص ٢ لفظ donation فقرة ٥ . وقد كانت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية تنص على أنه « ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر .. في مسائل الهبة والوصية والمواثيق وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية » .

وقد قضت محكمة النقض بأن الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان من غيره من الصفات الطبيعية أو المالية التي وثب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصاً لسر من أو حرة أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها بحسب الأصل من الأحوال المدنية . وإذن فالوقف والهبة والوصية والفتقات من اختلاف أنواعها ومناشئها هي من الأحوال المدنية ، لتصلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها - من عقود التبرعات - تقوم غالباً على فكرة التصديق المنسوب إليه دهانة . فأبلغه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية ، كما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من وظائفها النظر في المسائل التي قد تحوى عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها . على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شيء مما يخص به من تلك العقود ، فإن نظرها فيه بالبساطة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانوناً لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها (نقض مدني ٢١ يولييه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) .

على أنه لم يكن يخرج من اختصاص القاضي الأمل استظهارية المورث في العقد ، على كانت نية البيع أو الهبة أو الوصية (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ ص ٢٢٧ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٢٧) .

وكانت الهبة محكومة بقانونين لكل مجاله في التطبيق : القانون المدني فيما أورده من أحكام لها بالذات مكملة بالأحكام العامة للالتزامات ، وقانون الأحوال الشخصية في غير ذلك من مسائلها (نقض مدني ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨١ ص ٣٩٠ - ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ ص ٥٧٣) .

الملكية كمقد فذكر العقد يفتى عن ذكرها . وكان الأولى نقل الهبة من هذا الموضع إلى مكانها الطبيعي بين العقود المسماة ، فلي البيع والمقايضة ، وأن تنظم تنظيمًا شاملاً من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع .

٩ - تنظيم عقد الهبة في التقنين المرئي الجدير : وهذا هو ما فعله التقنين المدني الجديد . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « أهم تجديد استحدثه المشروع في عقد الهبة أنه أورد أحكامها كاملة في الشكل وفي الموضوع ، والتقنين الحالي (السابق) يكاد يقتصر على إيراد أحكامها في الشكل ولم يذكر من أحكامها الموضوعية إلا الشيء القليل . وقد نظر المشروع في ذلك إلى أن الهبة عقد مالى كسائر العقود ، فينبغى أن يستوفى التقنين المدني أحكامها جميعاً وأن يضعها في مكانها بين العقود الأخرى ، لا كما فعل التقنين الحالي (السابق) وقد انتدب بها مكاناً لا ينظر على البال . واستمد المشروع الأحكام الموضوعية في الهبة من الشريعة الإسلامية ، وبخاصة من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا حيث قننت هذه الأحكام . أما الأحكام المتعلقة بالشكل فقد استبقى المشروع فيها التقنين الحالي (السابق) مع شيء يسير من التعديل »^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤١ . ثم تقول المذكرة الإيضاحية بعد ذلك : « ويمكن القول بوجه عام إن المشرع أكتب عقد الهبة صلافة وقوة في الإلزام على النحو الذى ينبغي أن يكون لعقد هو - وإن كان تبرعاً - ملزم المتطابقين كسائر العقود » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٢) .

هذا وجهه الأجنبى فكيف يحسب قانونه ، فإن كان هذا القانون يعتبر الهبة داخلة في الأحوال الشخصية طبق على جهة قانون أحواله الشخصية . وقد نصت المادة ١٤ من قانون نظام القضاء على أنه « تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » . ومن ثم ينظر إلى بلد الأجنبى الصادر منه الهبة ، فإن كان هذا البلد يعتبر الهبة داخلة ضمن مسائل الأحوال الشخصية - كما هي الحال في فرنسا مثلاً - سرت على جهة أحكام قلتر بخاصة ، وإلا أصبرت جهة من العلاقات الدولية وسرى عليها ما يسرى على سائر العقود : =

١٠ - **خطـة البحث :** ونبحث عقد المبة في فصلين متعاقبين ، الأول منها في أركان المبة ، والثاني في أحكامها وتشمل الآثار التي تترتب عليـه جواز الرجوع فيها .

= نقض مدق أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤ - استئناف غنط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ (القانون اليوناني) - ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٧ (القانون اليوناني) - ٣ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٦ (القانون اليوناني) - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٢٧ (القانون الإيطالي) - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨١ (القانون الإيطالي) - أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٥ (القانون الإيطالي) - محكمة الإستهترة المظطة ٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ٢٢٩ ص ٣٦٥ - ٦ يونيو سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١٤٧ ص ١٧٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢قرة ٣ مكررة . وإذا وقعت المبة حل مفار ، فلقانون محل المقار هو الذي يسرى ؛ استئناف غنط ٢٧ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٣ .

الفصل الأول

أركان الهبة

١١ - **أركان الهبة** : الهبة ، كما هو الأمر سائر العقود ، أركان

ثلاثة : التراضي والمحل والسبب :

وسنسير في بحث التراضي والمحل على الخطة التي اتبعتها في عقد البيع ، ولكن في شيء من الإيجاز . ولم نفرد للسبب بحثاً في عقد البيع ، ولكن نخصه هنا بكلمة موجزة لأهميته في عقود التبرع :

الفرع الأول

التراضي في عقد الهبة

١٢ - **شروط الانعقاد وشروط الصحة** : للتراضي في عقد الهبة

شروط انعقاد وشروط صحة ، شأنها في ذلك شأن سائر العقود .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

١٣ - **الموضوع والشكل** : الهبة تنعقد بإيجاب وقبول متطابقين

صادرين من الواهب والموهوب له ، وهذا هو الانعقاد من حيث الموضوع .

ولكن الهبة عقد شكل كما قلنا ، فلشكل أهمية بالغة في خصوصها ، وهي لا تنعقد إلا إذا استوفت أيضاً الشروط الشكلية .

المطلب الأول

تطابق الإيجاب والقبول في الهبة

١٤ - **التصويص القانوني** : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٨٧

من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه »^(١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٥٥ / ١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٧٦ / ١ - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٥٠٧ - ٥٠٨^(٢).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/٦٦٧ من المشروع التهديدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٥١٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٤٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٤٥٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٤٧٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل ، وقارب المادة ٦٠١ وقد سبق ذكرها . انظر فقرة ١ في الهامش . (وحكم التقنين العراقي متفق مع حكم التقنين المصري ، فالحصة عقد لا بد فيه من قبول الموهوب له : انظر الأستاذ حسن الزنون فقرة ٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني :

م ٥٠٧ : تتم الهبة وتنتقل الملكية في الأموال الموهوبة ، سواء أكانت متفولة أم ثابتة ، عند ما يقف الواهب على قبول الموهوب له مع الاحتفاظ بتطبيق الأحكام الآتية .

م ٥٠٨ : يبقى الواهب حتى الرجوع من العرض مادام القبول لم يتم . (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

١٥ - **نظير القواعد العامة** : تسرى القواعد العامة المقررة في نظرية العقد في نطاق الإيجاب والقبول في عقد الهبة . فيجب أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين^(١) يقبله المتعاقد الآخر ، وأن يكون القبول مطابقاً للإيجاب^(٢) . ويجوز أن تتعقد الهبة بين غائبين ، فتم في الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب ، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس . ونجمل في كل ذلك إلى ما قدمناه في نظرية العقد . وقد يسبق الهبة مرحلة تمهيدية . هي الوعد بالهبة .

والذي نقف عنده في كل ذلك مسألان نطبق فيهما القواعد العامة لنظرية العقد على عقد الهبة بالذات : (١) قبول الهبة من الموهوب له . إذعادة أن الواهب هو الذي يبدأ الإيجاب فيقبل الموهوب له . (٢) الوعد بهبة .

§ ١ - قبول الموهوب له للهبة

١٦ - **لا بد من القبول إذ الهبة هبة** : جاء النص (م ١/٤٨٧ مدني السالف الذكر) صريحاً في أنه لا بد من قبول الموهوب له للهبة حتى تتم . والسبب في ذلك أن هناك شبهة في أن تتم الهبة بإيجاب الواهب وحده أي بإرادته المنفردة فهو المتبرع بماله ، أما قبول الموهوب له فقد لا تكون هناك حاجة إليه : إذ الهبة نافذة له نفعاً محضاً . وكل ما يحتاج إليه هو أن يقر الهبة ، كما يقر الموصي له الوصية وكما يقر المستفيع الاشتراط لمصلحته :

(١) وإذا صدر الإيجاب من الواهب ، وجب أن تكون نية الهبة واضحة إذ هي لا تفرض (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ ص ٢٩٠) .

(٢) فإذا قرر المحل أنه يسبق على سبيل الهبة ، وقرر المحل أنه يقبض على سبيل آخر ، فلا هبة (استئناف وطني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ الحقوق ٣١ ص ٢٨٤) .

حتى لا يتملك حقاً دون رضاه . فجاء النص قاطعاً كما هدنا في أن هذا غير صحيح ، فالحبة عقد لا إرادة منفردة ، ولا تتم إلا بقبول الموهوب له للهبة ومن وقت هذا القبول^(١) .

والسبب في جعل الهبة عقداً ، واستلزام قبول الموهوب له ، أن الهبة وإن كانت تبرعاً إلا أنها تنقل عتق الموهوب له بالجميل ، وتفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب . وقد يؤثر الموهوب له رفض الهبة ، كما إذا استشف من وراثتها غايات الواهب لا يحمدها .

وفي الفقه الإسلامي ذهب أبو حنيفة وصاحبه استحساناً إلى أن القبول ليس بركن في الهبة ، وإنما هو لازم لثبوت حكمها لا لوجودها في ذاتها ، وحكمها هو نقل الملك إلى الموهوب له . والقياس أن يكون القبول ركناً في الهبة ، أي في وجودها لا في ثبوت حكمها فحسب ، فلا تتم إلا بالقبول لأنها عقد من عقود التملك كالبيع ، وهذا هو قول زفر^(٢) .

١٧ - القبول ركن موضوعي لا ركن شكلي : قبول الهبة في

قانون الفرنسي ينطوي على ضرب من الشكلية ، فهو لا بد أن يكون قبولاً

(١) وقد يكون القبول ضمنياً ، كما إذا قبض الموهوب له الشيء الموهوب . وقد نقت بحكمة استئناف مصر بأن الهبة في الأموال المتقولة تقع صحيحة بدون حاجة إلى تحرير عقد وسمى بـ : إذا تسلّم الموهوب له المال الموهوب من الواهب بالفضل ، لأن القبض هنا يقوم مقام القبول (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجلد ٧ رقم ٣٢٧ من ٥٦٨) .

(٢) ونصت المادة ٨٩٤ من القانون المدني الفرنسي على أن الهبة ما بين الأحياء تصرف (acte) ولم يقل النص إن الهبة عقد (contrat) . وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدني الفرنسي يقول إن الهبة عقد ، ولكن عندما نظر هذا المشروع أمام مجلس الدولة ، لاحظ التفتيش الأول - يونانيرت - أن الهبة لا تلزم إلا الواهب فالأول أن تعرف بأنها تصرف لا عقد . وقد أخذ بهذه الملاحظة فصرّفت الهبة بأنها تصرف . والملاحظة لا عمل لها . فإن الهبة وإن كانت لا تلزم إلا الواهب ، إلا أنها لا تتم إلا بإيجاب وقبول ، فهي إذن عقد وإن كان ملزماً للطالب واحد (انظر أوبري ودو وإسبان ١٠ فقرة ٦٤٦ حاشي رقم ١ - بودري وكولان ١٠ فقرة ١٣) .

صریحاً (م ١/٩٣٢ مدنی فرنسی)^(١) . أما فی القانون المصری فلا نص على وجوب أن يكون القبول صریحاً ، فیصح أن يكون ضمناً . بل إن مجرد سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب ، إذا تمحضت الهبة لمنفعته ، يعتبر قبولا^(٢) ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٨ مدنی على ما یأتی :

« ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه »^(٣) . أما إذا كانت الهبة بعوض ، أو فرض فيها الواهب على الموهوب له التزاماً ، فإن السكوت فی هذه الحالة لا يعد قبولا إلا إذا كانت الظروف تدل على أن الواهب لم يكن لينتظر تصریحاً بالقبول ولم يرفض الموهوب له الهبة فی وقت مناسب (م ١/٩٨ مدنی) :

ولا بد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ، وإلا لم تنعقد الهبة . فلو أعطى الواهب على سبيل الهبة ، وقبل الطرف الآخر على سبيل الإعارة ، لم تنعقد الهبة ولا الإعارة . والعكس صحيح ، بأن أوجب الطرف الأول على سبيل الإعارة وقبل الطرف الآخر على سبيل الهبة^(٤) .

١٨ - رجوع الواهب فی الهبة قبل وصول القبول إلى العلم :
والقبول - ككل تعبير عن الإرادة - لا ينتج أثره إلا فی الوقت الذي يتصل فيه بعلم الواهب ، ويعتبر وصوله إلى الواهب قرينة على العلم به ،

(١) أنسب كالريدى ، الفارز ٢ لفظ donation فقرة ٢٥٨ - فقرة ٢٥٩ .

(٢) قفص مدنی ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة مر ٥ رقم ١٦٩ ص ٣٧٩ - استئناف مصر ٩ مارس سنة ١٩٢٠ الحامدة ٤ رقم ٣٤٧ .

(٣) ونقول المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى فی هذا المنس : « لا بد من قبول الموهوب له الهبة ولو بالسكوت ، ولكن القبول ، حل أية صورة كانت ، ضرورى ، لأن الهبة هبة لا بد فيه من اقراران إرادتين » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٤٦)

(٤) استئناف أهل ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٥ الحقوق ٣١ ص ٢٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فی العقود الهبة ٢ فقرة ١٦) .

ما لم يتم الدليل على عكس ذلك (م ٩١ مدني) . فلذا صدر لإيجاب من الواهب ، ولم يكن الإيجاب ملزماً ، فإن الواهب له أن يرجع عن إيجابه إلى الوقت الذي يصل فيه قبول الموهوب له إلى علمه ، وبشرط أن يصل الرجوع عن الهبة إلى علم الموهوب له قبل وصول قبول الموهوب له إلى علم الواهب . ففي هذه الحالة لا تتم الهبة ، لأن القبول وقت أن يصل إلى علم الواهب لم يصادف إيجاباً قائماً ، فلم يقرن القبول بالإيجاب^(١) . وإنما يصح أن يكون هذا القبول إيجاباً جديداً من الموهوب له ، فإذا تدبر الواهب الأمر قبله واعترزم المضي في الهبة ، فإن قبول الواهب هو الذي يقرن بإيجاب الموهوب له فتم الهبة إذا استوفت شروطها الأخرى .

١٩ - موت الواهب أو فطره لأهليه قبل وصول الإيجاب إلى الموهوب له :

وإذا مات الواهب أو فقد أهليته قبل أن يصل إيجابه إلى علم الموهوب له ، فإن ذلك لا يمنع من اتصال الإيجاب بعلم الموهوب له وقبول هذا الهبة . ولكن القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الواهب ، وهذا قد مات أو فقد أهليته فيستحيل علمه بالقبول ، ومن ثم لا تتم الهبة^(٢) . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التي قررها التقنين المدني الجديد في المادة ٩٢ منه^(٣) .

(١) والواهب ، قبل وصول قبول الموهوب له إلى علمه ، بأن يصرف في المال الموهوب ، وأن ينقله بمرح أو بحق ارتفاق أو غيره ذلك من الحقوق العينية ، يستغل طبع التصرفات في حق الموهوب له حتى بعد قبول الهبة (لوبري ورو وإسان ١٠ بقرة ١٥٣ ص ٤٩١) .

(٢) وهذا ما لم يكن لإيجاب الواهب ملزماً ، بأن حدد الواهب مهلاً لقبول أو استخلص هذا المهلة من ظروف الحال (م ٩٣ مدني) ، فبعد ذلك ينتقل الالتزام إلى ورثته ، فلذا وصل قبول الموهوب له إلى علمه أنتج أثره . وقد كان المشروع انتهى التقنين المدني الجديد بإيجاب ملزماً دائماً ، ورتب حل ذلك أن يبقى الإيجاب قائماً حتى بعد موت الموجب لم تنته أهليته ، فلذا علم ثورثة بالقبول أنتج قبول أثره (انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٦٠) .

(٣) الوسيط جزء أول ص ١٨٧ هامش رقم ١ - وإذا لم تتم الهبة لموت الواهب قبل -

وهذا الحكم يقتضي مع حكم التفتين للمنفى السابق ، إلا أن التفتين السابق كان يسقط الإيجاب إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل اقراران القبول به : فلا يستطيع الموهوب له أن يقبل الهبة بعد موت الواهب أو بعد فقد أهليته . وقد ورد في التفتين للمنفى السابق نص صريح في هذا المعنى : إذ كانت المادة ٥٠ / ٧٢ من هذا التفتين تنص على أن « تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقد أهليته التصرف قبل قبول الموهوب له » (١) .

٢٠ - موت الموهوب له أو فقد أهليته قبل القبول : أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته قبل أن يصلر منه القبول ولكن بعد أن صدر إيجاب الواهب ، فإن الهبة لا تتم ، لأن الإيجاب لم يلاق شخصاً يقبله إذ الهبة أمر خاص بشخص الموهوب له فلا تحمل وراثته محله في القبول (٢) .

= وصول القبول إلى طيه ، ألا يجوز أن تتحول هذه الهبة الباطلة إلى وصية تجوز في ثلث التركة وذلك طبقاً لقواعد تحول التصرفات الباطلة ؟ اعطفت النقطة في فرنسا ، فبعض يقول بتحول الهبة إلى وصية (أوبري ودو وإسبان ١٠ فترة ٦٥٣ ص ٤٩٦) ، وبعض يقول بعدم التحول (أنكليويدي دالوز ٢ لفظ donation فترة ٢٦) . ونميل إلى الرأي الأول ، فتتحول الهبة إلى وصية في القانون المصري ، لأن التفتين ، المصري يعرف نظرية تحول التصرفات الباطلة وقد ورد فيها نص خاص ، بخلاف التفتين المنفى الفرنسي .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت اللائحة التنظيمية للاتحاد الأرضي العام قد جعلت قبول الهبات من اختصاص المجلس الرئيسي للاتحاد ، وكان المستفيد من نصوبها أنها هبات بين قبول الهبات وبين قبضها واجبة بيان ما إذا كان المجلس الرئيسي قد قبل الوصية المصروفة للقانون وهو القبول ، فإنه يصبح واجباً بيان ما إذا كان المجلس الرئيسي قد قبل الوصية التي قبضها المجلس المحلي وذلك قبل وفاة الواهب ، حتى يتحقق بذلك ما تقتضيه المادتان ٤٨ و ٥٠ من قانون (نقش مرف ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٠ ص ٢٨٤ - وانظر استئناف وطني ٩ مارس سنة ١٩٢٠ الهامة ١ رقم ٣٤٧ ص ٤٩٩ - استئناف غلظ ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٥٠ ص ٣٠٢) .

وهذا هو أيضاً الحكم في القانون المنفى الفرنسي (أوبري ودو وإسبان ١٠ فترة ٦٥٣ ص ٤٩١ - أنكليويدي دالوز ٢ لفظ donation فترة ٢٦٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى الوسيط جزء أول فترة ٨٢ وبوجه خاص ص ١٨٨ ملحق =

ولكن التقنين المدني السابق كان يورد حكماً مخالفاً لما تقدم ، فكانت المادة ٥١ / ٧٣ من هذا التقنين تنص على أنه « يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفى قبل القبول ، وفي حالة الهبة لمن ليس أهلاً للقبول يصبح قبولها ممن يقوم مقامه »^(١) . ولما كان حكم التقنين المدني الجديد مستحدثاً ، فإنه لا يسرى إلا من وقت نفاذه . فإذا مات الموهوب له أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول ، وكان الموت أو فقد الأهلية قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإنه يجوز لورثة الموهوب له أو لمن يقوم مقامه أن يقبلوا الهبة تطبيقاً لأحكام التقنين المدني السابق . أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته في تاريخ غير سابق على يوم ١٥

٢٠ رقم ١ - وهذا هو أيضاً حكم القانون المدني الفرنسي (لوبري دور وإسبان ١٠ فقرة ٦٥٢ ص ٤٩١ - أنسيكلوبيدي دالور ٢ لفظ *duration* فقرة ٢٦٦) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ولما مات الموهوب له أو فقد أهليته قبل القبول ، فالشرعية الإسلامية على أن الإيجاب يسقط : م ٨٢ مرشد الخيران . ولكن التقنين الحالي (السابق) يبيع القبول للورثة أو نائب الموهوب له ، خلافاً للأصل الذي جرى عليه من أن الإيجاب يسقط بالموت أو بفقد الأهلية . أما المشروع . فإن هذا الحكم يجري فيه على أصل من أصوله » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٤٦) . وظاهر من العبارة الأخيرة الواردة في المذكرة الإيضاحية أن أصلاً من أصول هذا المشروع التمهيدى كان يقضى بنفس الحكم الذي قرره التقنين المدني السابق ، فيجوز لورثة الموهوب له أو لثانيه قبول الهبة بعد موت الموهوب له . وكان هذا الأصل ضللاً مقروفاً في المشروع التمهيدى ، إذ كانت المادة ١٢٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « لا يؤثر في صحة التصير من الإرادة أن يكون من صدر عنه أو وجه إليه هذا التصير قد مات أو فقد أهليته » . فكان المشروع التمهيدى ، يبيع لورثة من وجه إليه التصير أو لثانيه - أي لورثة الموهوب له أو لثانيه - أن يصدر منهم القبول بدلاً من الموهوب له بعد موت هذا أو فقد أهليته ، ولكن المشروع التمهيدى عدل في بنية المراجعة ، وحذف عبارة « أو وجه إليه هذا التصير » . ففصح لا يجوز لورثة الموهوب له أو لثانيه أن يقبلوا الهبة بعد موت الموهوب له أو فقد أهليته (انظر الوسيط جزء أول من ١٨٦ عاشر رقم ١ . وأنظر الأستاذ محمود جلال الدين زكي ص ١٢١ طبع رقم (١) .

أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التفتين الجديد هي التي تسرى ، ولا يجوز لورثة الموهوب له أو لمن يقوم مقامه في هذه الحالة أن يقبلوا الهبة .

أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه ولكن قبل أن يصل هذا القبول إلى علم الواهب ، فإن القبول يبقى قائماً (م ٩٢ مدني) وينتج أثره إذا اتصل بعلم الواهب ، فتمت الهبة بالرغم من موت الموهوب له . ولا يمنع من ذلك أن الهبة موجهة إلى شخص بالذات وقد مات أو فقد أهليته ، فإن هذا الشخص قد قبل الهبة فعلاً وبقي قبوله قائماً بالرغم من موته أو فقدته لأهليته وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن ، وأنتج القبول القائم أثره بمجرد وصوله إلى علم الواهب^(١) .

٣١ - قبول المصادر من غير شخص الموهوب له : وقد يصدر

قبول الهبة من غير شخص الموهوب له ، ويتحقق ذلك إذا صدر القبول من نائبه (م ٤٨٧ / ١ مدني) . والنائب إما أن يكون نائباً نيابة قانونية كالولي والوصي والقيم وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في أهلية الموهوب له ، وإما أن يكون نائباً نيابة اتفاقية وهذا هو الوكيل .

والوكالة في الهبة يجب أن يتوافر فيها الشكل الواجب توافره في عقد الهبة نفسه ، فإذا وكل الواهب وكيلاً ليهب مالا له نيابة عنه وجب أن تكون

(١) انظر في المسألة التي نقول به أوبري ودو وإسبان ١٠ - فقرة ٦٥٣ ص ٤٩١ - ديمولوب ٢٠ - فقرة ١٤٠ - بلاتويل وريير وترانسبو ٥ - فقرة ٣٧٠ - كولان وكايتان ٣ - فقرة ١٦١٠ - وانظر. عكس ذلك لوران ١٢ - فقرة ٢٦٦ - بودري وكولان ١٠ - فقرة ١١٢٨ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٣١ بالنصف الثاني من حاشي رقم ١ - الأستاذ أكثم الخول الخول فقرة ٦٩ ص ١٠٣ - ويلاحظ أن الرأي المأخوذ في الفقه الفرنسي يستلزم أن يستند إلى نص لا مقابل له في التفتين المدني المصري ، هو نص المادة ٢/٩٣٣ من التفتين المدني الفرنسي ، ويقرر أن الهبة لا تنتج أثراً بالنسبة إلى الواهب إلا من وقت إخطاره بقبول الموهوب له .

الوكالة في ورقة رسمية ، ولكن إذا وكل الموهوب له وكيلًا ليقبل عنه الهبة جاز أن يكون التوكيل في ورقة هدية لأن قبول الهبة المنفصل لا تشترط فيه الرسمية^(١) . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى ، إذ تقول المادة ٧٠٠ مدني إنه : « يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة » ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . ولا بد من وكالة خاصة في الهبة والاتهاب ، ويجب أن يذكر في هذه الوكالة المال الموهوب فتخصص الوكالة بهذا المال دون غيره . وقد نصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٧٠٢ مدني في هذا المعنى على أنه : « (١) لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم . وتوجيه الدين والمرافعة أمام القضاء . (٢) والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يكن محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات » .

ولا يجوز لأجنبي ، غير نائب عن الموهوب له لا نيابة قانونية ولا نيابة اتفاقية ، أن يقبل الهبة عنه ، إلا بطريق القضاة إذا تحققت شروطها^(٢) . ويترب على ذلك أنه لو كان الموهوب لم متعدين وحضر بعضهم مجلس العقد وغاب بعض ، لم يستطع الحاضرون أن يقبلوا عن الغائبين ما دام ليس عنهم توكيل بالقبول وما داموا لا ينوبون عن الغائبين نيابة قانونية . وإنما يستطيع أجنبي أن يتعهد عن الموهوب له بأنه يقبل الهبة ، ويكون هذا تعهداً عن الغير تقسرى قواعده . ومقتضى هذه القواعد أن الأجنبي الذي تعهد بأن يقبل الموهوب له الهبة لم يلزم هذا الأخير بالقبول ، وإنما ألزم نفسه بأن

(١) انظر مدني مقرة ٣٢ .

(٢) انظر عكس ذلك وأن القضاة لا يجوز أن يكلوا بالقبول ، لفظ *donation*

يحصل على قبول الموهوب له بالمبة . فلا يلزم الموهوب له إذن بالقبول ، وله إما أن يقبل المبة قسم وإما أن يرفضها تنسقط^(١) .

ولما كان قبول المبة أمراً شخصياً خاصاً بالموهوب له ، فقد تقوم عنده اعتبارات أدبية تدفعه إلى عدم قبول المبة ، وهو وحده الذي يستلج تقدير هذه الاعتبارات ، فإنه إذا لم يقبل المبة لم يميز لدائيه أن يستعملوا حقه في القبول وأن يقبلوا نيابة عنه^(٢) . وإذا رفض الموهوب له المبة ، لم يميز لدائيه أن يطمئنا في هذا الرفض بالدعوى البوالية ، لأن الرفض لا يتضمن معنى الافتقار بل هو امتناع عن الإنراء .

§ ٢ - الوعد بالمبة

٢٢ - التعويض القانوني : تنص المادة ٤٩٠ من التفتين المدني

على ما يأتي :

« الوعد بالمبة لا ينقذ إلا إذا كان بورقة رسمية »^(٣) .

ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص^(٤) .

(١) أوبري ورو وإسان ١٠ ققرة ٦٥٢ ص ٤٩٣ - بلابلول وبيرو وقراتسو ٥

ققرة ٣٦٤ - أنيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation ققرة ٢٧٢ - ققرة ٢٧٥ .

(٢) أوبري ورو وإسان ١٠ ققرة ٦٥٢ ص ٤٩٣ - أنيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation ص ٤٧٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٦٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الوعد بالمبة لا ينقذ إلا إذا كان بالكتابة ، وذلك مع عدم الإخلال بنص المادة ١٥٠ ققرة ثالثة » . وقد عدل هذا النص في لجنة المراجعة بما يجعل الوعد بالمبة في كل من القتل والقتول لا ينقذ إلا إذا كان بورقة رسمية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التفتين للملك الجديد ، وصار رقمه ٥١٧ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب فجلس للشرع تحت رقم ٤٩٠ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٥٣ - ص ٢٥٥) .

(٤) استئناف مخطط ٢٩ بتاريخ سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٦ - الأستاذ محمد كامل حرسى في الأموال ققرة ٦٣٩ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى ققرة ٤٥ ص ٩٣ .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٥٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٧٩ - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والقود البتاني المادة ٥١١^(١) .

وليس هذا النص إلا تطبيقاً تشريعياً لنص أممته ، هو نص الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدني ، ويمر على الوجه الآتي : « وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » .

ويمكن قياس الوعد بالهبة على الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، فيوجد وعد بالإيجاب ووعد بالانتهاب . ونبحث ذلك في المسائل الآتية : (١) صور الوعد بالإيجاب . (٢) صور الوعد بالانتهاب . (٣) كيف ينقذ الوعد بالهبة إيجاباً وانتهاباً . (٤) الأثر الذي يترتب على الوعد بالهبة إيجاباً وانتهاباً .

٣٣ - صور الوعد بالهبة : يتحقق ذلك عملاً في هبة المال المستقبل وفي هبة المال خبر المملوك الواهب . فإذا فرض أن شخصاً يريد أن يهب آخر داراً مثلاً ولكنه لم يشرع في بنائها ، فإنه لا يستطيع أن يهب

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٥٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل . ولكن الحكم مطبق بالتطبيق لقاعدة ٢/٩١ مدني عراقي .

تقنين الموجبات والقود البتاني م ٥١١ : لا يصح الوعد بالهبة إلا إذا كان معلوماً ولا يصح الوعد بهبة مطلق أو حق مطلق إلا بقبوله في السجل العقاري . (ويطلق التقنين البتاني مع التقنين المصري في أن الوعد بالهبة عند شكل ، ويتطلبان في كيفية الشكل . في مصر الشكل ضرورة وسية دائماً مطلق والمطلوب ، أما في لبنان فالشكلية ضرورة مرفوعة بصفان إليها التمهيد في السجل العقاري للمدار) .

الدار فوراً لأن المادة ٤٩٢ مدني تنص على أن « تقع هبة الأموال المستقبلية باطلاً » - وهو لا يريد أن ينتظر حتى يفرغ من بناء الدار ثم يهبها ، حتى لا يواجه المستقبل بما يتضمنه من احتمالات . فليس أمامه في هذه الحالة إلا أن يهد هبة الدار على أن تتم الهبة عند الفراغ من بنائها ، ويقبل الآخر هذا الوعد ، فيتقيد به الواعد منذ صدور الوعد . ويكون قد تم في هذه الحالة وعد يهباب قبله الموعود له ، فلو مات الواعد قبل الفراغ من بناء الدار ، ثم تم بناؤها ، استطاع الموعود له أن يبدي رغبته في استنجاز الوعد ، فتم الهبة بإرادته وحده ، وتنفذ في حق ورثة الواعد . وكذلك الأمر لو أن للدار الموعود يهبابها موجودة حالا وقت الوعد ولكنها غير مملوكة للوارد ، فإن هذا لا يستطيع أن يهبها في الحال لأن هبة مال الغير لا تنفذ في حق الملك الحقيقي (م ٤٩١ مدني) ، فيترث الواعد حتى يملك الدار ثم يهبها . ولكنه يستطيع أن يهد فوراً الطرف الآخر هبة الدار عند تملكه لها ، فيقبل الموعود له الوعد بالإهباب ، على أن يصبح هذا الوعد هبة كاملة إذا ملك الوهاب الدار وأبلى الموعود له رغبته في استنجاز الهبة .

ويشع ميدان الوعد بالإهباب إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بتكاليف والتزامات . مثل ذلك أن يهد شخص آخر يهباب دار إذا هو دفع له إيراداً مرتباً طول الحياة ، فيقتصر الموعود له على أن يقبل هذا الوعد بالإهباب ، حتى يتخير الأمر قبل أن يلتزم بالعوض ، فإذا استقر رأيه على قبول أبلى رغبته في ذلك . ومثل ذلك أيضاً أن يهد شخص جمعية خيرية بأن يهب لها مبلغاً من المال على أن تقوم بإنشاء مستشفى أو ملجأ أو نحو ذلك ، فتقتصر الجمعية على قبول هذا الوعد حتى تتخير أمرها ، فقبل لو ترفض .

٢٤ - صور الوعد بالونهاب : ويمكن أن نورد صوراً الوعد بالونهاب ثلاثة لبعض صور الوعد بالإهباب . فيجز أن يهد شخص آخر

بغير لجة داره على أن يرتب الواجب لإيراداً طول حياته ، فيقتصر صاحب الدار على قبول هذا الوعد بالانتحاب حتى يتدبر الأمر . فهنا انعقد وعد بالانتخاب ملزم لجانب الواعد وحده ، دون أن يلزم الموعد له صاحب الدار . وكذلك الحال لو أن الجمعية الخيرية هي التي تقدمت ووعدت بأن تقبل لجة من شخص على أن تنشئ مستشفى ، فيقتصر الموعد له على هذا الوعد بالانتخاب ، ثم ينظر هل يقبل أن يهب أو لا يقبل (١) .

٢٥ - كيف ينخر الوعد بالهبة : والوعد بالهبة - سواء كان وعداً بالإيجاب أو وعداً بالانتخاب - ينقذ إذا عينت المسائل الجوهرية لعقد الهبة المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . وليس هذا إلا نظيماً للفقرة الأولى من المادة ١٠١ مدني إذ تقول : « الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا

(١) أما التزام شخص ببلغ معين يدفعه لآخر على سبيل الهبة ، فهذا هو هبة كاملة لا مجرد وعد هبة . فإذا صرح الملتزم بأن الالتزام على سبيل الهبة ، وجب أن يكتب الالتزام في ورقة رسمية حتى تشكل الهبة الشكل الواجب (استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٦ ص ١٠) . وإذا ستر الملتزم الهبة تحت اسم عقد آخر ، بأن قرر مثلاً أن المبلغ الذي التزم به هو قرض أو ودينة أو نحو ذلك ، أغفيت الهبة من شرط الرسمية ، لأنها تكون هبة مستورة تحت اسم عقد آخر .

وكذلك الحكم إذا اكتتب شخص في مشروع على سبيل التبرع . فإذا كان الاكتتاب مصحوباً بالنفع في الحال فهو هبة بدوية . وإذا كان تصهداً في اشتراط مصلحة الغير ، فهو هبة غير مباشرة . أما إذا لم يكن هذا ولا ذلك ، بل كان التزاماً يدفع مبلغ على سبيل التبرع أو وعداً بهبة هذا المبلغ ، فلا بد من الورقة الرسمية . هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٥) . ولكن ذهب بعض الفقهاء إلى أن العرف جرى بأن الاكتتاب لا يكون عادة في ورقة رسمية ، ومن ثم يكون ملزماً حتى لو لم يستوف هذا الشكل (أوبري ورو وإسبن ١٠ بقرة ٦٥٩ ص ٥٢٥ - بلانول وديروترانسو ٥ بقرة ٤١٨ - جوسران ٣ بقرة ١٢٣٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى في الفقد المسألة ٧ بقرة ٩١ - ولكن قارن أنسيكلوبيدي دالوز ٧ لفظ donation بقرة ٥٢٥) - وقد نفتت محكمة النقض الفرنسية بأن الاكتتاب يكون ملزماً حتى لو لم يكتب في ورقة رسمية (نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٢٠) .

للتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينقصد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية لعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها^(١) . فالوعد بالهبة عقد كامل لا مجرد إيجاب ، ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائى

ولما كان الوعد بالهبة هو تمهيد لعقد الهبة النهائى ، وجب أن يكون السبيل مهياً لإبرام عقد الهبة النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له ، بأن يشمل الوعد على جميع المسائل الجوهرية فى الهبة المراد إبرامها . وهذه المسائل الجوهرية هى بيان المال الموعود به نهياً كافياً ، ولا يشترط أن يكون هذا المال موجوداً وقت الوعد ، وإنما يشترط وجوده وقت ظهور رغبة الموعود له . فى إبرام الهبة ، وإلا كانت الهبة باطلة . كما لا يشترط أن يكون المال مملوكاً وقت الوعد الواعد فى حالة الوعد بالإيجاب ، أو للموعود له فى حالة الوعد بالانتحاب ، وإنما يشترط أن يكون مملوكاً لكل منهما وقت ظهور الرغبة ، وإلا لم تنفذ الهبة فى حق المالك الحقيقى وكانت قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له . كذلك يجب أن يبين فى الوعد إن كانت الهبة المراد إبرامها مقترنة بموضع أو تكاليف والتزامات ، وما هو هذا الموضع أو هذه التكاليف والالتزامات . ويجب أخيراً تبيين المدة التى يجب فى خلالها إبرام عقد الهبة ، ويقع هذا التبيين صراحة أو دلالة . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكانت هناك عناصر تنهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالهبة لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلفت الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك .

ويجب أن يكون الوعد بالهبة - إيجاباً أو انتحاباً - فى ورقة رسمية ، كما يقضى بذلك صريح نص المادة ٤٩٠ مدنى سالف الذكر ، وإلا لم ينقصد الوعد . ومن ثم يقع الوعد بالهبة غير المكتوب أصلاً أو الثابت فى ورقة

(١) انظر فى تاريخ هذا النص ونى شرحه الوسيط الجزء الأول فقرة ١٣٤ .

عرفية باطلا ، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً ، لأن هذا يقتضي تدخلاً شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الهبة ، وإجباره على هذا التدخل الشخصي ممنوع . ولا يجوز كذلك أن يقوم المحكم على الواعد بالتنفيذ مقام الهبة ، لأن الوعد بالهبة باطل كما قدمنا ، ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتزم أن يصل الشخص إلى إبرام هبة دون ورقة رسمية إذ يقتصر على وعد بالهبة غير رسمى يصل به إلى حكم يقوم مقام الهبة^(١) . والأهلية المطلوبة للهبة يجب أن تتوافر في الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون في هذا الوقت أهلاً للإيجاب أو للايجاب ، ولو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي . وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك ، إذ أن الهبة النهائية تتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون غير أهل وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك أنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين فيجب أن يكون رضاه في كل منهما صحيحاً^(٢) .

٣٦ - مؤثر الذي يترتب على الوعد بالهبة : إذا انعقد الوعد بائناً صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، فإن الأثر الذي يترتب عليه يجب أن

(١) ولكن يجوز أن يعتبر الوعد بالهبة غير المكتوب في ورقة رسمية عقداً غير مسمى ثم يلحق ويحول ، ورتب التزاماً شخصياً في فقه الواعد ، ولما كان هذا الالتزام يتصور تنفيذه عينياً ، فلا يبقى إلا التصديق بحكم به على الواعد ، وبخاصة في حالة الوعد بالإيجاب فإن الموعود له إذا لم يحصل على المال الموعوب بسبب عدم تنفيذ الواعد لوعده يصاب عادة بضرر يستحق من أجله التعويض (الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٤٥ - ولكن قارن أنسيلو يدي دالموز ٢ لفظ donation فقرة ٢٤٥ حيث يلحق إلى أن الأمر بالإيجاب في غير ورقة رسمية باطل ولا يوجب تعويضاً ، لأن الوعد تبرع خلافاً لما يحسب إرادة المتبرع وهي الورقة الرسمية) .

(٢) انظر في كل ذلك القوسيط الجزء الأول فقرة ١٣٣ - فقرة ١٣٦ .

تميز فيه بين مرحلتين ، يفصل بينهما ظهور رغبة الموعود له في إبرام
الحبة نهائياً .

ففي المرحلة التي تسبق ظهور الرغبة لا يكسب الوعد الموعود له إلا حقاً
شخصياً ، ولا يترتب في ذمة الواعد إلا التزاما . فالواعد وحده ، سواء
كان واعداً بالإيجاب أو واعداً بالإنجاب ، يترتب في ذمته التزام شخصي
هو أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له ، فيب المال الموعود
بإيجاب أو يقبل أن يوهب إليه ، وهذا التزام بصل ، أما الموعود له
فلا يلتزم بشيء . ويترتب على ذلك أن الواعد بالإيجاب يتيق مالكا للشيء
الذي وعد بإيجابه طوال هذه المرحلة الأولى ، وله أن يتصرف فيه إلى
وقت التعاقد النهائي - ويسرى تصرفه في حق الموعود له متى توافرت
الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار . فإذا باع الواعد بالإيجاب العقار
الموعود بإيجابه إلى آخر أو وهبه لإياه وسجل المشتري أو الموهوب له الثاني
التصرف الصادر إليه ، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد .
بل إن الموعود له لا يرجع بتعويض إذا كان الواعد بالإيجاب في حالة من
الحالات التي يجوز فيها الرجوع في الحبة وسنبحثها فيما بعد ، ذلك أنه يميز
الرجوع في الوعد بالإيجاب حيث يجوز الرجوع في الحبة نفسها^(١) .

أما المرحلة الثانية فتحل بظهور رغبة الموعود له في إبرام الحبة في
خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة ،
سقط الوعد بالحبة : أما إذا ظهرت ، فإن الحبة النهائية تم بمجرد ظهور
هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد ، وتعتبر الحبة النهائية قد تمت
من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد . غير أن ظهور رغبة الموعود

(١) وقد قررت المذكرة الإيضاحية للشروع الممهد هذا الحكم صراحة إذ تقول :
« يجوز الرجوع في الوعد على النحو الذي يجوز فيه الرجوع في الحبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية
٤ ص ٢٥٥) .

له ، في حالة الوعد بالانتهاب ، يجب أن يكون في ورقة رسمية . وإذا امتنع الواعد من تنفيذ التزامه بعد ظهور رغبة الموعود له في إبرام الهبة النهائية ، جاز استصدار حكم ضده ما دام الوعد مكتوباً في ورقة رسمية ، وقام الحكم مقام عقد الهبة النهائي . وإذا كان المال الموهوب عقاراً سجل الحكم ، فتنقل الملكية إلى الموهوب له . وهذا هو ما تنص عليه المادة ١٠٢ مدني إذ تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لنظام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام العقد »^(١) .

المطلب الثاني

شكل الهبة

٢٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - « تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » .

٢ - « ومع ذلك يجوز في المتقول أن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية »^(٢) .

(١) انظر أيضاً المادة ٢١٠ مدني - وانظر في كل ذلك الوسيط الجزء الأولقرة ١٣٧ - فقرة ١٣٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المواد ٦٦٠ - ٦٦٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : م ٦٦٠ : ١ - تكون هبة العقار بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة . م ٢ - على أنه إذا تمت الهبة تحت ستار عقد آخر ، جاز للغير حسن النية أن يتسلل بالعقد المستتر لو بالعقد الظاهر وفقاً لما تقتضيه مصلحته . فلذا تمارضت مصالح ذوي الشأن ، فسلكت بعض بالمقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، فكانت الاختلافية للأولين . م ٦٦١ : =

ويقابل. هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٧٠/٤٨ - ٧١/٤٩^(١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى في التقنين المدني السوري المادة ٤٥٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٧٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٦٠٢ - ٦٠٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٥٠٩ - ٥١٠^(٢).

= ولا تتم حبة المنقول إلا بتسليم الموهوب تسليماً فعلياً وقبضه . م ٦٦٢ هـ: إذا تمت الهبة في صورة اشتراط لمصلحة الغير ، فلا يشترط فيها شكل خاص ، إلا الشكل الذي قد يتطلبه القصد ما بين المشترط والتشهد . وفي لجنة المراجعة عدلت هذه النصوص لاستبقاء الأحكام التي كان مسؤولاً بها في التقنين السابق فيما يتعلق بشكل الهبة في العقار والمنقول والهبة المستترة والهبة اليهودية ، باعتبار أن هذه الأحكام قد ألغيت المتماثلون منذ وقت طويل ولم يجد ما يدعو إلى تغييرها ، فأصبحت المادة ٦٦٠ مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وحلت المادتان ٦٦١ و ٦٦٢ ، الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة ٦٦٠ بهد تمثيلها ، والثانية لأن حكمها وارد في الاشتراط لمصلحة الغير . وصار رقم النص المستبق ٥١٥ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح أن يضاف النص الآتي : « مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابقة يكون القبض بالتسليم والتسليم بالفعل » . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، فليس ثمة ما يدعو إلى تعريف القبض على هذه الصورة بالنسبة إلى الهبة بخصوصها ، ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على المادة دون إضافة . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته ، وأصبح رقمها ٤٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٨ - ص ٢٥١).

(١) التقنين المدني السابق م ٧٠/٤٨ : تنتقل الملكية في الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أرواثية ، بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له . إنما إذا كان القصد المشتتل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانتا حاصلتين بعقد وصى ، وإلا كانت الهبة لاغية .

م ٧١/٤٩ : تجبر الهبة في الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج إلى تحرير عقد وصى بها . إذا حصل تسليتها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له .

(وهذه الأحكام تنطبق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى .

التقنين المدني السوري م ٤٥٦ (مطابق) .

٥ ١ - القاعدة العامة

الرسمية أو العينية

٢٨ - صبررات الشكليات في حصر الهبة : الهبة في الأصل عقد شكلي ، وهي من العقود الشكلية النادرة التي بقيت حتى اليوم ، بعد أن أصبحت الكثرة الغالبة من العقود رضائية تم بمجرد تراضي الإيجاب والقبول . وقد اعترض بعض الفقهاء على هذه الشكلية في عقد الهبة : ولكن يبرر الشكلية في الهبة أنها عقد خطير ، لا يقع إلا نادراً وللدواعي قوية . وإذا كان البيع يكثر وقوعه في التعامل وهو عقد معاوضة يأخذ البائع فيه مقابلاً لما أعطى ، فإن الهبة كما قدمنا عقد نادر الوقوع وبه يتجرد الواهب عن ماله دون مقابل . فالواهب في أشد الحاجة إلى التأمل والتدبر ، وتعيينه الشكلية على ذلك^(١) .

= التفتين المدف الميسر م ٤٧٧ (سابق) .

التفتين المدف العراق م ٦٠٢ : إذا كان الموهوب مقاراً ، وجب لامتداد الهبة أن يسجل في الدائرة المختصة .

م ٦٠٢ ١ - لا تتم الهبة في المنقول إلا بالتقبض ، ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة م ٦٠٣ ١ - لا تتم الهبة في المنقول إلا بالتقبض ، ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة . ٢ - وإذا أذن الواهب صراحة مع القبض في مجلس الهبة أو بعده ، وأما إن دله بالقبض دلالة فحينئذ بمجلس الهبة وعقد الهبة إذن بالتقبض دلالة .

(والتفتين العراقي يختلف عن التفتين المصري فيما يأتي : (١) هبة المقار فيه لا تتم إلا بشكلية خاصة وهي التسجيل في الدائرة المختصة . (٢) هبة المنقول لا تتم إلا بالتقبض ، وفي مصر قد تم أيضاً بوردة رسمية . (٣) لم تنص الهبة من الشكلية إذا استمرت تحت اسم عقد آخر - انظر في ذلك الأستاذ حسن الفنون فقرة ٩ - فقرة ١٢) .

تفتين الموجبات والعقود البنائ م ٥٠٩ : تتم الهبة اليدوية بأن يسلم الواهب الشيء إلى الموهوب له .

م ٥١٠ : إن هبة المنقار أو الحقوق العينية العقارية لا تتم إلا بتقيدها بالسجل . (والتفروق ما بين التفتين البنائي والتفتين المصري هي ذات التفروق التي تقدم ذكرها ما بين التفتين العراقي والتفتين المصري) .

(١) وشكلية الهبة مستقرة في نظامنا القانوني ، فقد سجل التفتين السابق عقد الهبة =

والورقة الرسمية ، بما تتضمنه من إجراءات معقدة ، وما نستجبه من جهر وعلائية ، وما تستلزمه من وقت وجهد ، نافعة كل النفع لحماية الواهب ، ولحماية أسرته ، بل ولحماية الموهوب له نفسه . فهي نافعة للواهب ، إذ هو في الوقت الذي يتجرد فيه عن ماله دون مقابل في حاجة كما قدمنا إلى التدبر ، ليأمن من شر الأندفاع وزاء انتقالات عارضة^(١) . وهي نافعة لأسرة الواهب ، إذ الواهب وهو يتجرد عن ماله دون مقابل بسلب ورثته بعض حقهم في تركته . وقد يكون في إجراءات الورقة الرسمية وعلايتها سبيل للورثة إلى الإحاطة بما يقدم عليه مورثهم ، فيصرونه بمخبة عمله . والورقة الرسمية نافعة للموهوب له نفسه ، فإن الهبة عقد يسهل الطعن فيه ، فخير للموهوب له أن يتسلح بهذه الرسمية للدفاع عن حقه .

وإذا كان القانون استغنى في المنقول عن الورقة الرسمية بالقبض ، فذلك أثر من الآثار الباقية في إثبات العقار على المنقول في وجوه الحماية . على أن القبض أكثر ملاءمة لطبيعة المنقول ، وهو عمل مادي كفيلا أن يبه الواهب إلى خطر أقدم عليه ، إذ يتجرد به عن حيازة الشيء الموهوب . على أن القانون قد تخفف من كل من الرسمية والعينية في كثير من الاستثناءات سبسطها فيما يلي ، وقد قصد من ذلك إلى تيسير التعامل ما وجد إليه سيلا .

= عقدا شكليا ، وقرر الفقه الإسلامي في أكثر مذاهبه أن الهبة خلافا لبيع لا تتم إلا بالقبض . (١) وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى : « فالأصل في هبة العقار أن تكون بورقة رسمية ، حتى تتوافر لواهب أسباب الحرية في عقد ينزل به عن ماله دون مقابل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٤) ، وليس السبب في رسمية الهبة أوجعيتها حياة ورقة الواهب ففسد كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء (لوران ١٢ فقرة ٢٢٩ - بلانويول وريچر وترانسو ٣٤٢ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٤٢ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ أكثم الخول فقرة ٧٦ وقرة ١٠٦) ، بل السبب الرئيس هو حماية الواهب نفسه . إذ هو يتجرد عن ماله دون مقابل .

. وننتقل الآن إلى بيان شكل الهبة ، وإلى ما فرضه القانون من جزاء على هذا الشكل .

أولاً - شكل الهبة

٢٩ - التمييز بين العقار والمنقول : يجب في بيان شكل الهبة أن نميز بين العقار والمنقول . فهبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية ، أما هبة المنقول فتتم إما بورقة رسمية وإما بالقبض . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٨٨ مدني التي أسلفنا ذكرها^(١) .

١ - شكل الهبة في العقار

٣٠ - أنواع الشكلية في التشريعات المختلفة : تنفق أكثر التشريعات الأجنبية على اشتراط الشكلية في عقد الهبة ، ولكنها تختلف في نوع الشكلية الواجبة . ويمكن القول إن الشكلية في هذه التشريعات على ضربين . أحدهما لا ينصب على لإرادة المتعاقدين ، بل يترك الراضي في الهبة حراً طليقاً من الشكل ، فإذا انقضت الهبة بالراضي كان لا بد في تمامها على وجه بات من تصديق السلطة القضائية أو إقرار من هذه السلطة . والضرب الثاني من الشكلية ينصب على الراضي ذاته ، فلا بد من أن يصدر في شكل خاص أمام موظف مختص ، قد يكون موقفاً للقود ، وقد يكون أميناً للسجل العقاري ، وقد يكون أحد القضاة .

وفي الضرب الأول من الشكلية - تصديق السلطة القضائية - تختلف سلطة القاضي في التصديق من تشريع إلى تشريع . فن التشريعات ما يقصر

(١) وقد كان المشروع المتهدي يحمل هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية ، ويجعل هبة المنقول لا تتم إلا بالقبض . فكانت هبة المنقول مقداً شكلياً حتماً ، وكانت هبة المنقول مقداً مالياً حتماً (المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٤ - وانظر أيضاً فقرة ٢٨ في الخامس) .

مهمة القاضي على تسجيل الهبة في سجلات المحكمة ، فليس له أن يعترض عليها إلا إذا كانت لبس غير مشروع ، وذلك مثل تشريعات سابقة لبعض الولايات الألمانية والولايات السويسرية . ومن التشريعات ما يجعل للقاضي سلطة واسعة في إقرار الهبة أو عدم إقرارها وقد تذهب هذه السلطة بعيدا إلى حد أن يرفض القاضي تسجيل الهبة لأنها تجرد الواهب من أسباب معيشته ، وقد كان ذلك شأن التشريعات الأسبانية والبرتغالية السابقة على التشريعات الحالية .

وقد أخذ هذا الضرب من الشكلية يخفى من التشريعات ، ويسود الضرب الثاني وهو الشكلية التي تنصب على الرضاى نفسه . وأكثر ما تكون هذه الشكلية ورقة رسمية يحررها موثق للنفوذ مختص ، كما هو الأمر في مصر وسورية وليبيا وفرنسا^(١) وإيطاليا وأسبانيا والبرتغال وهولندا . وقد تكون الجهة المختصة بتوثيق الهبة هي المحكمة ، كما هو الأمر في بعض الولايات الألمانية ، ولكن المحكمة في هذه الحالة تقتصر على مجرد التوثيق ، فلا تتدخل منه إلى التصديق . وقد تكون الرسمية هي تسجيل الهبة في الدائرة المختصة كدائرة الطابو أو السجل العقارى ، كما هو الأمر في العراق وفي لبنان^(٢) .

٣١ - شكلية الهبة في مصر هي الورقة الرسمية : وجهة العقار

في مصر لا تتم الابورة رسمية^(٣) ، فالشكلية في مصر هي الورقة الرسمية

(١) وفي فرنسا تخضع هبة العقار أيضا ، حتى تكون نافذة في حق الغير . لإجراءات تسجيل من نوع خاص يختلف عن التسجيل بوجه عام (انظر ٩٣٩ مدق فرنسى - السيكلوبيدى دالورز ٢ لمعظ donation فترة ٢٨٢ - فترة ٤٦٣) . أما هبة العقار في مصر فتخضع للقواعد العامة لتسجيل .

(٢) انظر فيما تقدم يودى وكولان ١٠ فترة ١٠٦٦ - فترة ١٠٨٦ .

(٣) والإنشاء الشرعى قديما كالبورقة الرسمية تنعقد به الهبة (استفتاء مصر ٨ ديسمبر

سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩١ .

كما قدما : وعلى المتعاقدين أن يتضما لأى مكتب من مكاتب التوثيق ، وليس ضرورياً أن يكون هذا هو مكتب التوثيق الذى يوجد فى دائرته العقار الموهوب ، فقد يكون هذا العقار فى إحدى مديريات الصعيد وتوثق الهبة فى مكتب للتوثيق بالقاهرة . ويقوم الموثق بتوثيق عقد الهبة ، بعد دفع الرسم المستحق . ويجب عليه قبل إجراء التوثيق أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهما ؛ وله أن يطلب إثباتاً لأهلية المتعاقدين تقديم ما يؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو شهادة طيبة أو مستند آخر . وإذا تمت الهبة بوكيل ، فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون الهبة لا يتجاوز حدود الوكالة . ولا يجوز التوثيق إلا بحضور شاهدين كامل الأهلية مقيمين بالإقليم المصرى ولهما إلمام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما فى الهبة ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة ، وعلى الشاهدين أن يوقعا عقد الهبة مع المتعاقدين والموثق . ويجب على الموثق قبل توقيع المتعاقدين على الهبة أن يتلو عليهما الصيغة الكاملة للعقد ، وأن يبين لهما الأثر القانونى المترتب عليه . وإذا اتضح للموثق عدم توافر الأهلية أو عدم توافر الرضا لدى المتعاقدين ، أو إذا كانت الهبة المطلوب توثيقها ظاهرة بالطلان كأن كان المال الموهوب مالا مستقبلا ، كان للموثق أن يرفض التوثيق وأن يعيد المهر إلى ذوى الشأن بكتاب موصى عليه مع إبداء الأسباب . وللمتعاقدين أن يتظللا إلى قاضى الأمور الوقفية بالهكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها ، وذلك فى خلال عشرة أيام من إبلاغ الرفض إليهما . ولهما أن يطعنا فى القرار الذى يصدره القاضى أمام غرفة المشورة بالهكمة الانتائية ، وقرار القاضى أو غرفة المشورة لا يجوز قوة الأمر المقضى فى موضوع الهبة ، فإذا قضى القرار بأهلية المتعاقدين أو بعدم أهليتهما أو بصحة الهبة أو بطلانها لم يكن ذلك جبهة أمام القضاء العادى إذا رضعت إليه فيما بعد قضية فى هذا الشأن .

ويحفظ مكتب التوثيق بأصل العقد ، ويسلم صورة تنفيذية منه لكل من المتعاقدين ، ثم يرسل صورة إلى المكتب الرئيسي بالقاهرة لحفظها فيه^(١) .

٣٢ - قبول الوبة إذا كان منفصلاً عن الإيجاب : وبغلب أن يكون قبول الموهوب له للهبة متصلاً بإيجاب الواهب : فتحرر الورقة الرسمية متضمنة كلا من الإيجاب والقبول في وقت واحد . ولكن قد ينفصل القبول عن الإيجاب ، فيوجب الواهب الهبة في وقت ويرسل إيجابه إلى الموهوب له ، فيقبل الموهوب له الهبة في وقت آخر . وفي هذه الحالة يجب أن يكون الإيجاب ، حتى يتعقد ، مكتوباً في ورقة رسمية على الوجه الذي أسلفناه . أما القبول ، فيشترط في القانون الفرنسي أن يكون أيضاً في ورقة رسمية^(٢) . وكذلك فعل التقنين المدني السابق ، إذ نص في المادة ٧٠/٤٨ على ما يأتي : « إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمي ، وإلا كانت الهبة لاغية » .

ولكن التقنين المدني المصري الجديد لم يشترط صراحة أن يكون القبول إذا انفصل عن الإيجاب مكتوباً في ورقة رسمية ، بل اقتصر على القول بأن « تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة » . وقد يقال إن الهبة لإيجاب وقبول ، وما دامت الهبة يجب أن تكون بورقة رسمية ، فلا بد أن يكون كل من الإيجاب والقبول - متصلين أو منفصلين - في ورقة رسمية .

(١) انظر في كل ما تقدم قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ والمرسوم الصادر في ٣ فبراير سنة ١٩٤٧ بملحته التنفيذية .

(٢) هودى وكولان ١٠ بقرة ١٠٩٩ - بل يشترط أيضاً ، في القانون الفرنسي ، أن يملأ القبول الواهب حل به محضر (٢/٩٢٢ فرنسي) ، حتى لو ثبت أن الواهب قد علم فلا بالقبول لم يكن ملزماً بالهبة قبل إحلاله بالقبول ، ولا يلتزم إلا من وقت هذا الإعلان .

ولكن لما كان التفتين الجديد قد أغفل النص صراحة على أن يكون القبول بورقة رسمية ، فإنه لم يرد - كما أراد التفتين الفرنسي - أن يجعل لقبول الموهوب له شكلاً خاصاً . وتنفى القواعد العامة بأن الشكلية إذا كانت قد تقررت لحماية أحد المتعاقدين دون الآخر ، كما في الرهن ، فإنه يمكن توافرها في رضا من تقررت لحمايته ، فتجب في رضا المدين الراهن دون رضا الدائن المرتجع . وينبئ على ذلك أن قبول الهبة في التفتين المدني الجديد ، إذا كان منفصلاً عن الإيجاب ، يمكن أن يكون في ورقة عرفية ، بل يمكن أن يتم باللفظ ، أو حتى بمجرد السكوت كما أسلفنا القول^(١) ، على أن تسرى القواعد العامة في الإثبات . ذلك أن الشكلية قد تقررت أصلاً لحماية الواهب ، فجاز تيسيراً على الموهوب له أن يقبل الهبة بأي طريق من طرق التعبير عن الإرادة^(٢) ، وفي هذا تخفف من الشكلية في عقد الهبة^(٣) .

٣٣ - موهوب أنه تنضم الورقة الرسمية بجميع شروط الهبة :
وإذا جاز أن يكون القبول المنفصل للهبة في غير ورقة رسمية ، فإن الإيجاب المكتوب في ورقة رسمية يجب أن يشتمل على جميع عناصر الهبة من مال موهوب وواهب وموهوب له وجميع الشروط التي قد يحتويها هذا العقد من عوض والتزامات مفروضة على الموهوب له . ولا يجوز أن تستكمل هذه الورقة الرسمية ، في عنصر من عناصر الهبة أو في التزام فيها ، بورقة

(١) انظر آتفاً فقرة ١٧ .

(٢) ومن ثم لا تشترط الرسمية في توكيل الموهوب له غيره في قبول الهبة ، وتشترط في توكيل الواهب غيره في إعابها (انظر آتفاً فقرة ٢١) .

(٣) انظر في هذا المعنى ديموج ١ فقرة ٢٠٨ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ١١٩ - الأستاذ محمد كامل مرسي في العقود للمجلة ٢ فقرة ٥٩ - الأستاذ محمود جلال الدين زكي فقرة ٤٢ - الأستاذ أكثم المحول فقرة ٧٦ .

عرفية ، وإلا كانت الشكلية ناقصة وكانت الهبة باطلة . وإنما يجوز تفسير عقد الهبة ، فيما اشتمل عليه من عناصر والتزامات وشروط ، بأوراق عرفية أو بمراسلات أو بدلائل مادية أو بيينة أو بقرائن أو بغير ذلك مما يستعان به عادة في تفسير العقود ، فإن عقد الهبة يفسر بالطرق ذاتها التي تفسر بها سائر العقود^(١) .

٣٤ - شكل الهبة ينحصر في قانون البلد الذي تمت فيه : وكل ما أوردناه في شكل الهبة إنما يكون إذا أبرمت الهبة في مصر . أما إذا أبرمت خارج مصر ، فإن المادة ٣٠ مدني تنص على أن « العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك » . فإذا وهب فرنسي من فرنسي آخر مالا في مصر حيث يقيان ، وصدرت الهبة في إيطاليا ، فإن شكل هذه الهبة يجوز أن يخضع للقانون الإيطالي . وهو قانون البلد الذي تمت فيه الهبة (locus regit actum) . كما يجوز أن يخضع للقانون الفرنسي ، إما باعتباره القانون الذي يسرى على الأحكام الموضوعية للهبة إذ الهبة تعد من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الفرنسيين ، وإما باعتباره القانون الوطني المشترك للمتعاقدين . ويجوز أخيراً أن يخضع للقانون المصري ، باعتباره قانون موطن المتعاقدين . وتفصيل ذلك مكانه القانون الدولي الخاص .

(١) بودي وكولان ١٠ - فقرة ١٠٩٩ - فقرة ١١٠٠ - والرجوع في الهبة لا تشترط فيه ورقة رسمية كما تشترط هذه الورقة في إبرام الهبة ، بل يصح أن يكون الرجوع في ورقة عرفية ، أو أن يكون دلالة كما يقع عند تصرف الواب في المال الموهوب (بلانيول وريبير وترانسو فقرة ٣٦٥ - جوسران ٣ فقرة ٣٠٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسجلة ٢ فقرة ٥٩ ص ٧٨) .

(ب) شكل الهبة في المنقول

٣٥ - هبة المنقول تم بورقة رسمية : وهبة المنقول يصح أن تتم بورقة رسمية ، كهبة العقار . ونص الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ مدني عام شامل للعقار والمنقول ، فهو يقول : « تكون الهبة بورقة رسمية » . فيجوز إذن أن تنقذ الهبة في المنقول بورقة رسمية^(١) . وكل ما قررهنا عن الورقة الرسمية في انعقاد هبة العقار يسرى على هبة المنقول . فيجب أن توثق هبة المنقول في مكتب التوثيق ، وفقاً للأوضاع والرسم التي بينهاها في هبة العقار ، ويجب أن تتضمن الورقة الرسمية جميع عناصر الهبة وشروطها وجميع ما عسى أن يفرض من التزامات على الموهوب له . وإذا كان القبول في هبة المنقول منفصلاً عن الإيجاب ، جاز أن يكون القبول في ورقة حرة ، بل جاز أن يكون شفويّاً أو بالسكوت على الوجه الذي ذكرناه في هبة العقار .

وإذا وقعت هبة المنقول في ورقة رسمية ، انعقدت الهبة دون حاجة إلى أي إجراء آخر ، شأنها في ذلك شأن هبة العقار . فلا ضرورة لانعقاد هبة المنقول الموثقة بورقة رسمية إلى القبض ، فالقبض في هبة المنقول ليس إجراءً واجباً إلى جانب الورقة الرسمية ، بل هو إجراء يفتي عن الرسمية . فلا محل إذن للجمع بين الإجراءين ، الرسمية والقبض^(٢) .

فالورقة الرسمية تكفي إذن في هبة المنقول . أما في فرنسا ، فلا بد إلى جانب الورقة الرسمية من كشف يبين النقولات الموهوبة مع تقدير

(١) ومن ثم فالمشهد يترتب إبراء للشخص على سبيل التبرع يستلزم الرسمية ، ما لم تكن الهبة مستقرة باسم عقد آخر (استئناف مخطوط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٨) .

(٢) قض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النفقة ٢ رقم ٩٦ ص ٥٢٢ - استئناف وطني ٢٨ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٥٨ ص ٣٠٩ .

قيمتها (état estimatif) ، ويوقع على هذا الكشف كل من الواهب والموهوب له ، ويرفق بأصل الورقة الرسمية للهبة ، وتقضى بكل ذلك المادة ٩٤٨ من القانون المدني الفرنسي . والمقصود من هذا الإجراء هو حصر المتقولات الموهوبة ، فلا يتمكن الواهب بعد الهبة من استرجاع بعض هذه المتقولات أو إتلافها أو إبدال غيرها بها من مقولات أقل قيمة^(١) . وفي مصر لا ضرورة لهذا الكشف في هبة المتقول كما قلنا ، ويمكن أن تعين المتقولات الموهوبة في الورقة الرسمية للهبة تمييزاً كافياً بحيث لا يقع لبس فيها ، تطبيقاً للقواعد العامة في تعيين المثل .

٣٦ - ويجوز أن تم هبة المتقول أيضاً بالقبض - الهبات اليدوية :

والورقة الرسمية ليست الطريقة الوحيدة لانقضاء هبة المتقول كما قلنا ، فكما تنقضي هبة المتقول بالورقة الرسمية يجوز أيضاً أن تنقضي بالقبض ، وينفي القبض في هذه الحالة عن الورقة الرسمية كما سبق القول . فهبة المتقول إما أن تكون عقدًا شكلياً إذا انقضت بورقة رسمية ، وإما أن تكون عقدًا حقيقياً إذا انقضت بالقبض^(٢) . وإذا لجأ المتعاقدان إلى القبض في إبرام هبة المتقول ، سميت الهبة عندئذ بالهبة اليدوية (don manuel) .

وفي فرنسا لا يوجد نص صريح يجعل القبض كافياً في سداد هبة المتقول ، ولكن الفقه والقضاء مجمعان على صحة الهبات اليدوية ، وتم بمجرد القبض دون حاجة إلى ورقة رسمية ، بل ولا إلى كشف بهتان المتقولات الموهوبة وتقدير قيمتها . ويستلذن في فرنسا ، في صحة الهبات

(١) انظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي أوبري ورو وإسبان ١٠ لقطة ٩٦٠ -

يودري وكولان ١٠ لقطة ١٢٥٩ - لقطة ١٢٧٨ .

(٢) ويؤيد القبض ما تؤيد الرسمية من أفراسي ، إذ أن مجرد التواهب عن حيازة

المال الموهوب كقبول كما قلنا (انظر أيضاً لقطة ٢٨) يوجب له نظره إلى ما يطوى عليه هذه الهبة من خطر (أنيكوليدس والورز ٢ لفظ don manuel لقطة ٤) .

اليديوية ، إلى التقاليد القديمة ، وإلى أن نص المادة ٩٣١ منى فرنسى لا يحرم الهبات اليديوية ، إذ أن هذا النص إنما يشترط الرسمه فى السند (acte) الذى تكتب فيه الهبة ، فإذا كانت هبة المنقول بغير سند مكتوب فلأنها تخرج عن نطاق هذا النص ، كما يستقلون إلى بعض نصوص تشريعية أخرى لا محل هنا لذكرها . - والذى يعنينا فيها تستند إليه الهبة اليديوية فى فرنسا أنها تؤسس هناك على حيازة الموهوب له للمنقولات الموهوبة حيازة كاملة ، وهى الحيازة التى يحمىها القانون بدعاوى الحيازة وتقضى فى بعض الأحيان إلى التملك ، ولا يكتفى بمجرد القبض بطريقة من الطرق التى نص عليها القانون فى البيع تنفيذنا لالتزام البائع بتسليم الشيء المبيع^(١) .

أما فى مصر ، فتقاليد الفقه الإسلامى تقضى بأن الهبة لا تتم إلا مقبوضة^(٢) . وقد وجد نص صريح فى التقنين المدنى يقضى بأن الهبة فى

(١) انظر اعتبارات تاريخية فى فرنسا أدت إلى صفة الهبات اليديوية لوبرى ودو وإسبان

١٠ ققرة ٦٥٩ هامش ٣٨ .

(٢) عند الحنيفة ، لا ينتقل ملك الموهوب إلا بالقبض . أما قبل القبض فالملك الواهب ، وله أن يرجع فى هبة إذا أراد ، فصاح الهبة إذن قبل القبض ولكنها تكون هبة غير لازمة يرجع فيها الواهب إذا أراد دون اعتداد بموانع الرجوع ، ولا ينتقل الملك فيها إلى الموهوب له . فلذا قبضت الهبة - بإذن الواهب الصريح أو بإذنه القسرى فى مجلس العقد - انتقل الملك إلى الموهوب له ، وأصبح لا يجوز الواهب الرجوع إلا إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع المروقة . فلهبة عند الحنيفة مراحل ثلاث : المرحلة الأولى مرحلة العقد . ويكون غير نافذ فلا ينتقل الملك ، وغير لازم فيجوز الرجوع فيه . والمرحلة الثانية مرحلة القبض ، وبه ينتقل العقد فينتقل الملك ، ولكنه لا يلزم . والمرحلة الثالثة قيام مانع من موانع الرجوع . وبه يلزم العقد . انظر البائع جز ٦٥ ص ١٢٣ - النهاية على هامش فتح القدير ص ١١٢ - ص ١١٧ .

وعند الشافعية والحنابلة ، لا تلزم الهبة ولا ينتقل الملك إلا بالقبض بإذن الواهب وقبل القبض يجوز الواهب الرجوع ، ولا ينتقل الملك . وبعد القبض بإذن الواهب ينتقل الملك ، وتلزم الهبة ولا يجوز الواهب الرجوع أصلا إلا فى حالة اعتصار الوفاء الهبة لولده . فلهبة عند الشافعية والحنابلة مرحلتان : المرحلة الأولى مرحلة العقد ، ويكون غير نافذ فلا ينتقل الملك ، وغير لازم فيجوز الرجوع فيه ، وهذه المرحلة الأولى عند الشافعية والحنابلة هى كالمرحلة

المنقول تم بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية . وجد هذا النص في التقنين المدني السابق ، إذ كانت المادة ٧٩/٤٩ من هذا التقنين تنص بأن « تعتبر الهبة في الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج إلى تحرير عقد رسمى بها إذا حصل تسليمها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له^(١) » . ووجد هذا النص أيضاً في التقنين المدني الحديث ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٨٨ مدني بما يأتي : « ومع ذلك يجوز في المنقول أن تم الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية^(٢) » .

— الأولى عند الحفنة . والمرحلة الثانية مرحلة القبض ، وبه ينتقل العقد فينقل الملك . ويلزم إلا في انحصار الهبة ، وهذه المرحلة الثانية عند الشافعية والحنابلة تقوم مقام المرحلتين الثانية والثالثة عند الحنفية . انظر المذهب ١ ص ٤٤٧ - المصنف ص ٥٩١ - ص ٥٩٣ . وعند المالكية يستلزم الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم ، وله أن يقبض الهبة بغير إذن الواهب ، فإذا تم القبض انتقل الملك إلى الموهوب له . فالظاهر أن الهبة عند المالكية مرحلة واحدة هي مرحلة العقد ، فيكون بمجرد انعقاده نافذاً لازماً (إلا في حالة انحصار الهبة) ، ومن ثم يلزم الواهب بالتسليم متى تم التسليم انتقل الملك . انظر الخرش ص ١٠٥ - ص ١٠٦ .

(١) استئناف مخطط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م. ٣٦ ص ١٨١ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ١٣ - رقم ١٠ ص ٤ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ .

(٢) ومتى تمت الهبة اليدوية بالقبض ، فكل الشروط التي تنص عليها هذه الهبة والاتفاقات الملحقة (pactes adjoints) من التزامات وعوض ونحو ذلك تكون صحيحة (أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ *don manuel* فقرة ٩٨ - فقرة ١١٤) . فيجوز في الهبة اليدوية أن يحتفظ الواهب بحق الانقضاء أو بملك الرقبة ، وأن يقرن الهبة بشروط أو التزامات أخرى (بلائيول وريبيروترانسير ٥ فقرة ٤٠١ وما بعدها - جوسران ٣ فقرة ١٣٣٦ - الأستاذ محمد كامل مرسي في العقود المسماة ٢ فقرة ٨٠) .

هذا والوحد بالهبة اليدوية - ككل وعد هبة - لا يتم إلا بإبادة رسمية ، لأن القبض في هذه الحالة لا يقع . فإذا كان الوحد هبة يدوية مكتوباً في ورقة عرفية كان باطلاً ، ويجوز لواحد الرجوع في وعده . ويجوز لورثته أن يمتنعوا عن تسليم المنقول . وإذا سلم الواعد أو ورثته للمنقول ، كان هذا هبة يدوية مبتدأة لا تنفيها الوحد بالهبة ، فلا بد فيها من إيجاب وقبول =

ونلاحظ منذ الآن الفرق في التعبير بين نص التقنين السابق ونص التقنين الجديد . فالتقنين السابق يتمشى مع تقاليد القانون الفرنسى ، إذ يشترط في هبة المنقول التسليم الفعل من الواهب والتسليم الفعل من الموهوب له . وهذا وذلك يؤيدان معاً إلى نقل الحيابة إلى الموهوب له على النحو الذى ذكرناه في القانون الفرنسى . أما التقنين الجديد فلا يذكر التسليم والتسلم الفعلين ، ويكتفى بمجرد القبض^(١) ، حتى أنه لما اقترح في لجنة مجلس الشيوخ أن يضاف نص يقضى بوجوب التسليم والتسلم الفعلين ، لم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، فليس ثمة ما يدعو إلى تعريف القبض على هذه الصورة بالنسبة إلى الهبة بخصوصها^(٢) . وهذا المعنى العام الذى أعطى للقبض في هبة المنقول هام في المسألتين التين نتكفل الآن ببحثهما في هذا الصدد : (أولاً) كيف يتم القبض في الهبة اليدوية . (ثانياً) ما هي المنقولات التي يصح أن تكون محلا للهبة اليدوية .

٣٧ - كيف يتم القبض في الهبة البروتية : قلنا أن القبض في القانون الفرنسى وفي التقنين المدنى السابق يجب أن يكون قبضاً فعلياً من الجانبين ، أى تسليمياً فعلياً من الواهب وتسليمياً فعلياً من الموهوب له ، بحيث تنتقل حيابة الموهوب إلى الموهوب له حيابة كاملة تحميها دعاوى الحيابة وتفضى إلى التملك .

= جليدين (بلائيول ورييروت رانسبو) - المادة ٣٨٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى ، العقود المسماة ٢ (قوة ٨١) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد يحمل هبة المنقول لا تم إلا بالقبض الفعلى ، فكانت المادة ٦٦١ من هذا المشروع تنص على أنه « لا تتم هبة المنقول إلا بتسليم الموهوب تسليمياً فعلياً وقبضه » . وفي لجنة المراجعة عدل هذا الحكم من ناحيتين : (أولاً) جعلت هبة المنقول تتم بورقة رسمية أو بالقبض . (ثانياً) وإذا تمت بالقبض فلا يشترط فيه أن يكون فعلياً (انظر آنفاً قوة ٢٧ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ٢٥١ - وانظر آنفاً قوة ٦٥ في الهامش .

أما في التفتين الملقى الجديد فيبدو أن المشرع لم يرد أن يتقيد بهذا التحديد في القبض ، فأطلق اللفظ ، وأصبح قبض الهبة معادلاً لتسليم المبيع^(١) . وقد رأينا في البيع أن المادة ٤٣٥ مدني تنص على ما يأتي :
« ١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع . ٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراخي المتعاقدين ، إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبق المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » . ويخلص من ذلك أن القبض في الهبة اليدوية قد يكون تسليماً فعلياً من الواهب وتسليماً فعلياً من الموهوب له ، وقد يكون تسليماً فعلياً من الواهب غير مقترن بتسليم فعل من الموهوب له^(٢) ، وقد يكون تسليماً حكماً . ونستعرض هذه الصور المختلفة .
يكون التسليم والتسلم الفعل للمنتول عادة بالمناولة ، فينتول الواهب الموهوب له المنتول الموهوب يبدأ يند ، وتنقل بذلك حيازة الموهوب من الواهب إلى الموهوب له ، فتم الهبة بالقبض . وهذا إذا كانت طبيعة المنتول تسمح بمذولته مناولة مادية ، كما إذا كان المنتول نقوداً^(٣)

(١) ويقترب هذا عما قلناه في قبول الهبة ، في القانون الفرنسي للقبول في الهبة إجراءات خاصة تميزه من القبول في العقد بوجه عام ، أما قبول الهبة في القانون المصري فشأنه شأن القبول في العقد بوجه عام . وكذلك القبض في الهبة اليدوية ، فله في القانون الفرنسي معنى خاص يتضمن تسليم الموهوب له الهبة تسليماً فعلياً . أما في التفتين المصري فالقبض في الهبة اليدوية شأنه شأن القبض في عقد البيع وفي أي عقد آخر ، ولا يتضمن حقاً قلم الموهوب له الهبة تسليماً فعلياً . وكما أنه لا يشترط في التفتين الملقى الجديد أن يقبل الموهوب له الهبة فيولا خاصاً بإجراءات مينة ، كذلك لا يشترط في هذا التفتين أن يقبض الموهوب له الهبة اليدوية قبضاً خاصاً على وجه معين .
(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٠٦ ، ويسمى هذا التسليم تسليماً حكماً .

(٣) ويصح أن يتم تسليم النقود بتحويل مبلغ من الحساب الجاري الواهب إلى الحساب الجاري للموهوب له (virement de compte) (أنجيلوويدي دالوز ٢ لفظ *don manuel*قرة ٢٦) .

أو ساعة أو خانماً أو مجوهرات أو أثاثاً أو كتباً أو نحو ذلك من المنقولات المادية . وإذا كان الموهوب حقاً شخصياً حوله الواهب للموهوب له على سبيل التبرع ، فالقبض يكون بتسليم سند الحق للموهوب له لينتقل من استعماله في مواجهة المال عليه . ويخلص من ذلك أن القبض في هبة المنقول يتكيف بحسب طبيعة المبيع^(١) . وقد يسلم الواهب المنقول لوسيط بقصد تسليمه للموهوب له ، فيتم القبض عادة بتسليم الوسيط المنقول للموهوب له وفقاً لتعليمات الواهب ، ويكون الوسيط في هذه الحالة نائباً عن الواهب^(٢) . وقد يكون الوسيط نائباً عن الموهوب له^(٣) ، فيتم القبض بتسليم الواهب المنقول للوسيط ، ولا حاجة في تمام القبض لأن يسلم الوسيط المنقول للموهوب له فقد تسلمه نيابة عنه وبه هي يد الموهوب له^(٤) .

وقد يتم القبض بالتسليم الفعلي من الواهب ، بأن يضع المنقول تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن هذا من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولكن الموهوب له لا يستولى على المنقول بالفعل استيلاء مادياً . فإدام

(١) فإذا كان الموهوب متبرعاً ، تم القبض باستيلاء الموهوب له على المتبرع وباتخاذ صفة المبرر له ، حتى لو بقى اسم الواهب اسماً للمتبرع كما يقع ذلك في بعض الأحيان (استئناف غسط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١١٨) . وإذا كان الموهوب بوليصة تأمين لحاملها ، تم القبض بتسليم البوليصة للموهوب له (محكمة الاسكتلندية التجارية المختلطة ٨ يونيو سنة ١٩١٦ جالوت ٦ رقم ١٧٦ ص ٥٣٦) .

(٢) فإذا كان الوسيط لم يسلم المنقول بهد للموهوب له ، جاز الواهب أن يسترده منه لولأن يمنعه من تسليمه للموهوب له ، فلا تتم الهبة (أوبري ورو وإسان ١٠ بقرة ٦٠٩ ص ٥٣٥) .

(٣) انظر في عدم جواز أن يكون الوسيط قسولياً يتسلم نيابة عن الموهوب له دون ترخيص من بوردي وكولان ١٠ بقرة ١١٦٦ - بقرة ١١٦٩ - أوبري ورو وإسان ١٠ بقرة ٦٥٩ حاشي ٥٢ - أنسيكلويدى دالروز ٢ لفظ *don manuel* بقرة ٤١ - بقرة ٤٣ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن إعطاء الواهب مبلغاً من النقود لأمين من القصر وإيهام الأمين هذا المبلغ غزاة المجلس المحسى لحساب القصر يعتبر قبضاً كاملاً لتصح الهبة (٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الجلسة ٨ رقم ٣٠٨ ص ٤٧٥) .

الموهوب له عالمًا بوضع المنقول تحت تصرفه متمكنًا من الاستيلاء عليه ، فإن هذا يكفي لتام القبض في الهبة كفايته لتام التسليم في البيع^(١) . وهذه

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ . ويترتب عن ذلك أن إيداع أب نقوداً في أحد المصارف باسم ولده قاصداً التبرع له بالمبلغ للمودع يمكن أن يكون هبة يدوية تمت بالقبض ، وذلك بالتسليم الفعلي من الوهاب مع علم الموهوب له بأن المبلغ مودع باسمه وتحت تصرفه . أما إذا كان الابن قاصداً ، فهذه هبة يدوية تمت بالقبض وناب الأب عن ولده التنازل في ذلك (قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٢٨) .

على أن قية الهبة - كما تقول محكمة النقض - لا تفترض ، « وفصل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أن يفيد ، إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا برجح » (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ ص ٥٩٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً في هذا المنى بأنه لما كان مجرد إيداع مبلغ من النقود باسم شخص معين لا يقطع في وجود قية الهبة عند المودع ، فإن الإيداع لا يفيد حقاً الهبة ، بل يجب الرجوع في تصرف أساس الإيداع إلى قية المودع . ولا يكون الحكم قد خالف القانون إذا قضى باعتبار إيداع مبلغ صندوق التوفير باسم شخص آخر غير المودع إما كان على سبيل الرخصة لا على سبيل الهبة ، متى أقام قضاء على أسباب سائفة . وإن قرينة حيازة شخص لمال مودع صندوق التوفير المستمدة من تحرير دفتر التوفير باسمه هي قرينة قانونية غير قاطعة يمكن دفعها بكافة أوجه الإثبات بما فيها القرائن (نقض مدني ٢٦ يناير سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٥ ص ١٢٥) . وفي حكم ثالث أقرت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع بأن إيداع الوالد مبلغاً من النقود باسم ولده في البنك ، وضع حساب خاص بالولدين ، من شأنه أن يخرج المال نهائياً من حيازة المودع فيصبح في حيازة صاحب الحساب ، وأن قبضه تم بواسطة شخص ثالث وهو البنك وهذا جائز قانوناً . وما كان الوالد يستطيع سحب المبلغ إلا بصفة أخرى كقول على الولدين بحيث لو زالت هذه الصفة لما استطاع سحب المبلغ . ولما كانت الحيازة قد أصبحت للولدين بإيداع هذا المبلغ باسميهما في البنك ، فإنهما يستفيدان من القرينة القانونية وهي اعتبارهما مالكيين طبقاً لقاعدة ٦٠٨ مدني التي تفترض السند الصحيح وحسن النية ، وليس الولدان ملزمين بإثبات الهبة إذ أن السند الصحيح مفترض ، فكان الواجب على الخصم أن يقدم هو الدليل الإيجابي على أن الهبة لم تنصق (نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٦ ص ١٨٤) .

وقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختطة بأن إيداع الوهاب لزوجته مائة جنيه للموهوب له في البنك يعتبر قبضاً (٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ٢٣٠ ص ٣٦٠) - وانظر أيضاً استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٧ - وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن تقييد المورث للودائع باسم الوارث يعتبر قانوناً هبة غير مباشرة بطريق الإشراف من

الصورة لا تعتبر قبضاً في القانون الفرنسي ولا في التقنين المدني المصري السابق ، لأنه يشترط في هذين القانونين أن يتم تسلّم الموهوب له فعلاً للمنفول كما سبق القول .

يبقى أن نبين أن القبض الحكيم في حبة المنقول يكفي لنهام الحبة كما يكفي لتسليم المبيع . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدني في خصوص البيع تنص على ما يأتي : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية »^(١) . وهذا النص إنما هو تطبيق تشريعي لبدأ عام في انتقال الحيازة ، إذ تنص المادة ٩٥٣ مدني على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحاضر واضماً يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضماً يده ولكن لحساب نفسه » . فلقبض الحكيم صورتان : (الصورة الأولى) أن يكون المنقول في حيازة الموهوب له قبل الحبة ، بإجارة أو إعاره أو وديعة أو رهن حيازي أو نحو ذلك : ثم تقع الحبة . فينتقل الواهب مع الموهوب له على أن يبقى المنقول في حيازة هذا الأخير ، ولكن لا كمتأجر أو مستعير أو مودع حنله أو مرتين ، بل كمالك عن طريق الحبة . ولا نرى مانعاً من أن تنطبق هذه الصورة من القبض الحكيم على حبة المنقول ، فإن الواهب فيها يكون قد تجرد عن حيازة المنقول بعد الحبة باتفاق جديد غير الاتفاق على الحبة ، وهذا يكفي في تنبيه الواهب إلى خطر

= ملصقة النير ، فلا يشترط فيها الشكل الرسمي ولا قبول الموهوب له وقت الإيداع (١٨ أبريل سنة ١٩٣٨ الهامة ١٨ رقم ٤٦٥ ص ١٠٦٦ - ويلاحظ على هذا الحكم أنه لا محل هنا للكلام عن الاشتراط لملصقة النير ، وإنما لودع المورث مبيعاً من الثغود باسم وارثه عيظها تحت تصرفه ، قضت الحبة اليومية على هذا النحو كما قلنا - قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٢٨ - ص ١٢٩) .

(١) انظر في خصوص البيع ألفاً فقرة ٣٠٨ .

ما أقدم عليه ، ويكتفى في الوقت ذاته في التلليل على أن الواهب قد صمم على المضي في هبته ، فهو لم يتفق مع الموهوب له على الهبة فحسب بل اتفق معه أيضاً على نقل الحيازة إليه^(١) . (والصورة الثانية) أن يبقى المتقول في حيازة الواهب بعد الهبة ، ولكن لا كمالك بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو غير ذلك مما يترتب على عقد يستلزم نقل حيازة الشيء . ولا نرى أن هذه الصورة من القبيض الحكيم تكفي لتام الهبة اليدوية ، لأن الواهب لم يتجرد عن الحيازة على وجه ينبه إلى خطر ما أقدم عليه ويدل على تصميمه على المضي في الهبة^(٢) . فلا بد إذن من أن يسلم الواهب المتقول للموهوب له ، ثم يردده الموهوب له الواهب على سبيل الإيحاء أو الإيجار أو العارية أو أى سبيل آخر .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المذق الجديد يشتمل على نص هو المادة ٦٧٢ من هذا المشروع ، تنص الفقرة الثالثة منها على ما يأتى : « أما إذا كان (الموهوب) متقولاً فلا تنتقل الملكية إلا بالقبيض الحقيقى الكامل ، فإن كان المتقول موجوداً في حيازة الموهوب له وقت الهبة ، فتنقل الملكية بمجرد الاتفاق على الهبة دون حاجة إلى قبض جديد » . وقد حلت المادة ٦٧٢ من المشروع في نسخة المراجعة^١ لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥ في الملامح) . وانظر أيضاً المادة ٥٠٢ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى بلشا . ونقلت محكمة مصر الكلية الوطنية ، في عهد التقنين المذق السابق حيث كان القبيض يشترط فيه أن يكون فعلياً ، بأنه إذا كان المبلغ الموهوب موجوداً تحت يد الموهوب له وقت حصول الهبة ، يعتبر الموهوب له كأنه قبضه بالفعل بتحويل صفته من يودع ليهب للموهوب له (٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ الحاشية ٤ رقم ٦٣٥ ص ٧٤٧) .

وتنص المادة ٦٠٦ من التقنين المذق العراقى على أنه « إذا وهب أحد حاله لمن كان حالاً المال في يده ، أصبحت الهبة مقبوضة دون حاجة إلى قبض آخر » (انظر الأستاذ حسن الكافرن فقرة ٣٠) .

وقد اقتانون الفرنسي نفسه يجوز القبيض على هذا النحو ، في الهبة اليدوية (لوران ١٢ فقرة ٢٧٧ - لوبرى ورو وإيمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٣٤ - أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ *don manuel* فقرة ١٩ - فقرة ٢٠) .

(٢) انظر الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٠٦ - ١٠٧ .

٢٨ - المتولات التي يصح أنه تكونه محموله البروية : تقول
الفقرة الثانية من المادة ٤٨٨ مدنى : « ومع ذلك يجوز في المتول أن تتم
المبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية » . ونرى من ذلك أن النص
أطلق ، فلم يميز بين متول ومتول ، فكل متول يصح أن يكون محلا
للربة اليدوية . أما في القانون الفرنسى وفي التقنين المدنى المصرى السابق ،
فالقبض الفعل ضرورى لتام مبة المتول كما قدمنا ، فلا يصح في هذين
القانونين أن يكون محلا للربة اليدوية إلا متول قابل أن يرد عليه القبض
الفعل ، أى المتولات المادية وحدها .

فى التقنين المدنى المصرى الجديد إذن يصح أن يكون محلا للربة اليدوية .
المتولات المادية والمتولات المعنوية .

فلذا وهب شخص لآخر نقوداً أو مجوهرات أو كتباً ، وقبضها
الموهوب له ، تمت المبة^(١) . ويجوز أن تقع المبة على حق الانتفاع

(١) وما ترد عليه المبة اليدوية المجهز . فلذا جاز الأب ابنته - ولم يقل إن هناك التزاماً
طبيعياً على الأب في هذه الحالة - وسلمها المجهز ، فقد تمت المبة ، وليس للأب أن لو رثته استرداد
المجهز بعد ذلك . أما إذا لم يسلمه لها ، فلا تملكه ، ويجوز للأب أن يرجع في مبة لأن المبة
لم تتم . وإذا سلمه لها في مرض موته ، كان حكمه حكم الوصية (انظر المادة ١١٣ من قانون
الأحوال الشخصية لقدرى باشا) . وإذا كانت البنت قاصرة ، فخراء أيها المجهز يمكن لهم
المبة ، لأن الأب يقوم مقام ابنته القاصرة ، في القبض ، فكانها هي التي قبضت المجهز (انظر
المادة ١١٤ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) .

وإذا حرد الأب متناً على نفسه لابنته وظهر من السند أنه مبة بتسليمه الزواج ، فالمبة
مكتشوفة لا مستترة ، ولا تتم إلا بقبض قيمة السند أو بكتابة السند في ورقة رسمية (محكمة
مصر الكلية الوطنية ١٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحبوسة الرسمية ٢٨ رقم ١٠٧ ص ٢٠٢ -
الأزبكية ٢٨ يناير سنة ١٩٢٤ المحللة ٥ رقم ٣٧٩ ص ٤٤٢) . وإذا تبرع إخوة لأختم
بنفقات جهازها واشتروا المجهز ، ولكنهم لم يسلموه لأختم فالمبة لم تتم ، ولا تتم إلا بتسليم
الأخت المجهز (استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحللة ٨ رقم ١/٢٢٣ ص ٢١٢) . -

(usufruit) في الكتب أو المجوهرات دون الرقبة ، أو على الرقبة دون حق المنفعة . ويتم الهبة اليدوية في هذه الأحوال جميعاً بقبض الموهوب له الكتب أو المجوهرات ، على اعتبار أن المقبوض هو الملكية الكاملة أو حق الانتفاع وحده أو حق الرقبة وحده^(١) .

ويصح أن ترد الهبة اليدوية في التفتين المصرى الجديد على السندات ، سواء كانت لحاملها (au porteur) ، أو كانت تحت الإذن (à ordre) ، أو كانت سندات اسمية (titres nominatifs) ، فهذه كلها منقولات ، وإن كانت منقولات معنوية . ويقبضها الموهوب له بالتسلم القبطي في السندات لحاملها ، وبالتظهير مع تسليم السند في السندات تحت الإذن ، وينقل السند إلى اسمه طبقاً للإجراءات المقررة لذلك مع تسليم السند في السندات الاسمية .

= وإذا تهمت أم لبنيا يبلغ مبلغ بصفة « دوة » (مهر) ، فالبية لا تتم إلا إذا كان التمهيد في ورقة رسمية ، أو إذا سلت الأم المبلغ لبنيا. تتم الهبة بالقبض (مصر الكلية الوطنية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٣٧٨ ص ٤٤١) .

وقضى بأن الإحانة التي تدفعها وزارة المعارف المدارس الحرة هي هبة يدوية فلا تتم إلا بالقبض ، أما قبل القبض فلا تملكها المدرسة للمائة ولا يجوز لدائنها الحجز عليها (الموسكى ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٣٤ ص ٦٨٧) . ولكن قضى من جهة أخرى أن هذه الإحانة ليست تبرعاً محضاً ، بل الفرض منها ترقية مستوى التعليم ، ويقابلها شروط خاصة يجب أن تتوافر في المدرسة المائة ، ومن ثم تكون ديناً للمدسة في ذمة وزارة المعارف ، ويجوز لدائني المدرسة الحجز عليها تحت يد الوزارة (الاسكتندرية الكلية الوطنية ٧ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٧٣) . وانظر في كل ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٣ فقرة ٨٢ .

(١) وقد اختلف الفقه في فرنسا في جواز ورود الهبة اليدوية على حق الانتفاع أو على حق الرقبة ، فذهب فريق إلى عدم الجواز إذ يرون أن القبض التام بالنسبة إلى هذه الحقوق المحردة يصحب تصوره . ولكن الرأي الذي ساد في الفقه وفي القضاء في فرنسا هو الجواز . ويقض القبض التام على الشيء محل حق الانتفاع أو حق الرقبة (انظر هذه المسألة في القانون الفرنسي جودوى وكولان ١٠ فقرة ١١٧٥ - فقرة ١١٧٩) . فإذا كان هذا الرأي هو الذي ساد في فرنسا ، فأبلى أن يسود في مصر حيث لا يشترط القبض التام في الهبة اليدوية كما قلنا .

أما في فرنسا ففرد المدة اليدوية على السنوات لحاملها دون غيرها ، لأنها في حكم المتقولات المادية ، ولا ترد المدة اليدوية على السنوات تحت الإذن ولا على السنوات الإسمية^(١) .

ويصح أن ترد المدة اليدوية في التقنين المدني المصري الجديد على الديون (créances) ، وإن كانت متقولات معنوية . فيجوز إذن أن يحول الدائن لأجنبي الدين الذي له في ذمة المدين وفقاً للإجراءات المقررة في حوالة الحق ، وتكون الحوالة على سبيل التبرع ، ثم يتسلم الموهوب له سند الدين وهذا هو القبض^(٢) .

أما الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، كحقوق المؤلف وبراءة الاختراع والعلامات التجارية وغير ذلك ، فهذه تنظمها قوانين خاصة . وقد نصت المادة ٨٦ مدني صراحة على ذلك إذ تقول : « القوانين التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » . فلا ترد على هذه الحقوق المدة اليدوية ، لا في فرنسا ولا في مصر^(٣) . ولكن ذلك لا يمنع من أن ترد المدة اليدوية على نتائج هذه الملكية إذا كانت متقولا ، ففرد على كتاب بالذات هو نتائج حق المؤلف ، أو على تمثال أو على صورة زيتية أو نحو ذلك وهذا هو نتائج حق الفنان . كذلك المتجر^(٤) (fonds de commerce) ،

(١) بودي وكولان ١٠ فترة ١١٨٥ - فترة ١١٨٩ .

(٢) انظر مكي ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١١٠ - أما في فرنسا فلا ترد المدة اليدوية على الدين ، لأنها غير قابلة للقبض القتل .

(٣) بودي وكولان ١٠ فترة ١١٨٠ - فترة ١١٨٤ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١١٠ .

(٤) ولكن تجوز هبة البضائع التي يحتويها المتجر هبة يدوية . أما المتقولات المعنوية كالعلامة التجارية وبراءة الاختراع ، فلا تصلح عملاً للمدة اليدوية كما قلنا (الأستاذ محمود جمال الدين زكي فترة ١١١ على رقم ١) .

وإن كان منقولاً ، يخضع لقانون خاص ينظمه . وكذلك السفن^(١) والطائرات ، فهي تخضع لنظم خاصة^(٢) .

٣٩ - **الولايات في الهبة البرويز :** وتخضع الهبة اليدوية للقواعد العامة المقررة في الإثبات . وتعرض الحاجة عملاً لإثبات الهبة اليدوية في فرضين مختلفين : (١) أن يدعى الحائز للمنقول أن هذا المنقول قد وهبه له صاحبه وقبضه منه ، تمت الهبة بالقبض . (٢) أن يدعى شخص أنه قد وهب آخر منقولاً وسلمه إياه ، ويريد الآن الرجوع في الهبة وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن ، فينكر حائز المنقول أنه تلقى المنقول هبة من المسمى .

والقرض الأول ، حيث يدعى حائز المنقول أن المنقول قد وهبه له صاحبه ، يعرض غالباً عند موت الواهب . فتجد الورثة أن بعض منقولات المورث في أيدي من كانوا يحيطون به عند موته من عشراء وممرضين وخدم ومن إلهم ، فيقع النزاع بين الوارث والحائز للمنقول ، الأول يدعى أن المنقول ملك للمورث فيدخل في التركة ، والآخر يقول إنه للمورث وهبه له قبل موته وسلمه إياه فأصبح ملكه^(٣) . ففي هذا القرض لو أن من يدعى الهبة لم يكن حائزاً للمنقول ، لوجب عليه وفقاً للقواعد العامة أن يثبت عقد الهبة^(٤) ، وأن يثبت فوق ذلك أنه قبض المنقول

-
- (١) تنص المادة ٣ من التفتين التجاري البحري بموجب الرسمية في السفن البحرية .
(٢) وفي من البيان أن الهبة اليدوية لا ترد على منقول غير معين إلا بموته لأنه لا يصلح القبض للعمل (أوبري ورو وإسبان ١٠ فترة ٦٥٩ ص ٥٢٣) ، ولا لقبض المحكي . ولكن للهبة اليدوية ترد على جزء شائع في منقول معين ، لأنه يصلح القبض .
(٣) ويلاحظ أن الأمر لا يتغير لو أن النزاع كان بين المورث نفسه والحائز . ولكن إقرار المورث بملكية الحائز نفسه للموجب يقوم دليلاً على الهبة ما دام الغير لم يظن في الهبة بالصدوق (استئناف غطط ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٥٨ ص ١٦٥) .
(٤) ولا يجوز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات .

ثم فقد حيازته ، والقبض واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . ولكن متى يدعى الهبة حائز للمنفول كما قدمنا ، فالحيازة قرينة على الملكية ، وتقول المادة ٦٩٤ مدني في هذا الصدد : « من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس » . فيفرض إذن أن الحائز مالك للمنفول ، حتى يقيم الوارث الدليل على أنه غير مالك . ويستطيع الوارث أن يثبت عدم ملكية الحائز ، للمنفول من وجوه شتى . فقد تكون الحيازة التي يعتمد عليها الحائز معيبة بسبب من عيوب الحيازة ، ومن أهم هذه العيوب الغموض والخفاء : وهذه العيوب وقائع مادية يستطيع الوارث أن يثبتها بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن . ومن القرائن على غموض الحيازة أن يكون الحائز خليطاً للمورث مساكناً إياه عند موته ، فإذا وجد المنقول في حيازته شاب الحيازة غموض (équivoque) إذ المنقول لم يخرج من منزل المورث وقد يكون الحائز استولى عليه خلسة أو بغير إرادة صاحبه^(١) . ومن القرائن على خفاء الحيازة أن يخفى الحائز السترات التي يدعى أنها وهبت له ، فلا يقبض «كوبوناتا» إلا بعد مدة طويلة من موت صاحبا ، فيؤخذ ذلك منه قرينة على أن يستر في حيازته السترات حتى لا يفتضح أمره عقب موت المورث ، ويربص بها فرصة سانحة . وقد لا يظعن الوارث في الحيازة ذاتها ، ولكن يظعن في عقد الهبة ، فيدعى أنه صلر في مرض الموت ، أو أنه صلر نتيجة لاستغلال الموهوب له الواهب أو أنه تسلط على إرادته واستهواه ونحو ذلك من وجوه الظعن . وكل هذه وقائع مادية ، على الوارث إثباتها ، وله أن يثبتها بجميع الطرق . وقد يعتمد الوارث إلى الظعن في الحيازة بطريق مباشر ، فيدعى أن الحائز

(١) وقد قست محكمة النقشة بأن الهبة في المنقول وإن كانت تم بالقبض ، إلا أنه يشترط أن يكون القبض غير مشكوك فيه . وإقامة الزوجة مع زوجها في سكن واحد تجعل وضعهما على المنقولات الموجودة بالسكن وضع يد مشكوك فيه (٢١ مارس سنة ١٩٣١ لائحة ١٢ رقم ١٨٠ ص ٢٤٢) .

قد اختلس المتقول ، وهذه أيضاً واقعة مادية يثبتها بجميع الطرق^(١) .
وفي الفرض الثاني ، حيث يدعى شخص أنه وهب آخر متقولاً وسلمه
لياه ويريد الرجوع في الهبة ، فينكر الحائز أنه تلقى المتقول هبة ، يكون
على الشخص الذى يدعى أنه وهب المتقول أن يثبت هذه الهبة في مواجهة
الحائز ، أما الحائز فلا يكلف إثباتاً لأن الحيازة قرينة على الملكية . ويثبت
من يدعى الهبة العقد وفقاً للقواعد المقررة في الإثبات ، فإذا زادت قيمة
المتقول على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها .

ثانياً - جزاء الإخلال بشكل الهبة

٤٠ - **مسألتان** : إذا اختل شكل الهبة ، ولم يستوف الشروط
التي بسطناها فيما تقدم ، كانت الهبة باطلة لا أثر لها (م ٤٨٨ / ١ مدنى) .
ولكن قد ينفذ الواهب أو ورثته مختارين هذه الهبة الباطلة ويسلمون
الموهوب للموهوب له ، فعند ذلك لا يجوز لهم أن يسردوا ما سلموه
(م ٤٨٩ مدنى) . فهناك إذن مسألتان : (١) بطلان الهبة لاختلال
الشكل (٢) التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة بسبب عيب في الشكل .

(١) وقد يستجوب ورثة الواهب غلط الواهب أمام القضاء ، فيقر هذا بأن المتقول
في يده ولكن المورث قد وهبه لياه وسلمه له فلكه بالهبة . فهذا إقرار لا يتجزأ ، ولا يجوز
قوامة أن يستبقوا منه أن المتقول في يد الحائز ، ثم يطالبوه بإثبات أن الهبة قد صدرت له من
المورث . ولكن يجوز للورثة أن يثبتوا أن حيازة المتقول انتقلت إلى الحائز بسبب آخر غير
عقد الهبة . وقد يكون هذا السبب واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، كأن يدعى الورثة
أن الحائز اختلس المتقول من المورث . وقد يكون السبب محققاً يجب إثباته طبقاً لقواعد الإثبات
بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المتقول على عشرة جنيهات ، كأن يدعى الورثة أن
المورث لم يهب المتقول للحائز وإنما أودعه عنده ، فسلمه أن يثبتوا عقد الوديعة بالطريق الذى كان
يستطيع مورثهم إثباتها به (انظر في ذلك أوبري ورو وإسبان ١٠ فترة ٦٥٩ - ٥٣٧ - من
٥٤٢ - بودرى وكولان ١٠ فترة ١٢٠٧ - ١٢١٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ
don manuel ١١٥ فترة ١٤٩) .

(١) بطلان الهبة باختلال الشكل

٤١ - **اختلال شكل الهبة** : يختل شكل الهبة في العقار إذا لم توثق الهبة في ورقة رسمية على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، أو إذا وثقت ولكن الورقة الرسمية كانت باطلة لسبب من أسباب بطلان الأوراق الرسمية . ويختل شكل الهبة في المنقول إذا لم توثق الهبة في ورقة رسمية صحيحة ، ولم يتم الموهوب له في الوقت ذاته بقبض المنقول حتى تصبح الهبة هبة يدوية^(١).

٤٢ - **جزء اختلال الشكل هو المظهر المطلق** : فإذا اختل شكل الهبة في العقار أو في المنقول على النحو الذى أسلفناه ، فإن الهبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً ، ولا تنتج أثراً . فيبقى المال الموهوب ملكاً للواهب يستطيع أن يتصرف فيه كما يريد ، ولا ينتقل الملك إلى الموهوب له فلا يستطيع هذا أن يطالب بتسليمه المال ولا يستطيع أن يتصرف فيه^(٢).

ويموز للواهب أن يرفع دعوى البطلان^(٣) ، وأن يتمسك بالبطلان دفْعاً في دعوى يرفعها عليه الواهب . كما يجوز لأى ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، فيتمسك به وريثة الواهب ، والخلف الخاص كمشر من الواهب . وإذا كان الواهب قد سلم الشيء الموهوب للموهوب له ، وانقضت دعوى البطلان بالتقادم^(٤) . جاز للواهب أن يرفع دعوى استحقاق يسترد بها

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٢٢ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ م

٤٠ ص ٣٠٤

(٢) ولكن يجوز أن تنضم الهبة للباطلة تصرفات أخرى لا يشترط فيها شكل معين ، كما لو تضمنت إلغاء وصية سابقة ، فيبقى إلغاء الوصية قائماً بالرغم من بطلان الهبة . كذلك قد تتحول الهبة الباطلة إلى وصية صحيحة طبقاً للقواعد المقررة في تحول التصرفات (أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٥٦) .

(٣) استئناف وطنى لأول يوفيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٧٣ - استئناف

مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٦ .

(٤) إذ هي تتقادم بخمس عشرة سنة من وقت عقد الهبة (م ٢/١٤١ مدنى) : انظر -

المعار^(١) ، ولا يستطيع الموهوب له أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم ، فإن الدفع لا يتقدم كما قدمنا عند الكلام في البطلان في نظرية العقد .

٤٣ - **البطلان في الأصل لا ينفك عن إجازة** : ولما كان بطلان الهبة لميب في الشكل هو بطلان مطلق كما قدمنا ، فإن الهبة الباطلة على هذا النحو لاصححها بالإجازة^(٢) . وكل ما يستطيع المتعاقدان عمله هو أن يعيلا لإبرام العقد من جديد^(٣) ، فيستوفيا الشكل المطلوب . وعند ذلك تتم الهبة . ولكنها هبة جديدة غير الهبة الأولى الباطلة . تاريخها من وقت استيفاء الشكل لا من وقت الهبة القديمة . ويشترط توافر الأهلية في المتعاقدين عند عمل الهبة الجديدة ولا يكفي توافرها وقت إبرام الهبة القديمة .

فإذا كان الموهوب متغولاً ولم توثق الهبة في ورقة رسمية أو وثقت في

= استئناف مخطوط ٢٧ - فيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٣٠ . وقارن نقض ملف ه ديسبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة محر ٥ رقم ١١٨ ص ٢٧١ .

(١) ولا يملك الموهوب له في الهبة الباطلة المعار الموهوب بالتقادم المحسوس ولو كان حسن النية ، لأن الهبة الباطلة لا تصلح سبباً صحيحاً ، وإنما يملكه بالتقادم الطويل .

(٢) لا من الواهب ولا من ورثته ، ما لم ينفذ الواهب أو ورثته الهبة اختياراً فصيح الهبة كما سترى . وفي التفتين الملف الفرنسي تنقضى المادة ١٣٤٠ بأن ورقة الواهب يجوز لم تصحح الهبة الباطلة بالإجازة الصريحة أو الضمنية ، ويعد التنفيذ الاختياري لهية إجازة . وهذا النص يقلب البطلان المطلق لهية إلى بطلان نسبي بعد موت الواهب ، فصحح إجازة الورثة . وانقلاب البطلان المطلق إلى بطلان نسبي يستوقف النظر ، وقد ذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أن البطلان يبقى مطلقاً بعد موت الواهب ، وإنما يتخلف عنه في ذمة الورثة الإلزام طبعي يجوز تنفيذ اختياراً ، ويجوز جله سبباً للإلزام بدلي . ويمارض هذا الرأي أن الإلزام القابل لا يمكن أن ينشأ في ذمة الورثة ابتداء ، مادام لم ينشأ قبل ذلك في ذمة المورث . ولذلك يميل التفتي في فرنسا إلى اعتبار الأوضاع الرسمية لهية إنما فرضت لمصلحة ورقة الواهب على الأشخاص ، فإذا نزلت الورثة عن هذه الحماية فهذا حقها (بلانيول وريير وترانسبر) فقرة

٣٥٢ - جوران ٣ فقرة ١٣١١) .

(٣) استئناف وطني أول يونيو سنة ١٩١٥ للتراث ٢ رقم ٢/٢٩٤ ص ٢٧٢ .

ورقة رسمية باطلة . ولكن الواهب اعتقد أن الهبة صحيحة وأنها تلزمه بتسليم المقول إلى الموهوب له ، فقبضه هذا منه ، لم يكن في تنفيذ الهبة على هذا النحو إجازة للهبة الباطلة ، فإن هذه الهبة لا تلحقها الإجازة كما قدمنا .

ويستطيع الواهب في هذه الحالة أن يسترد المقول الذي وهبه ، ولا يجوز للموهوب له أن يدفع بعدم جواز الاسترداد بدعوى أن الواهب قد نفذ الهبة استناداً إلى المادة ٤٨٩ مدني التي سيأتي بيانها فيها يلي ، فإن الواهب هنا لم ينفذ الهبة مختاراً وهو عالم ببطلانها ، وشرط عدم الاسترداد تطبيقاً للمادة ٤٨٩ مدني أن يكون الواهب يعلم ببطلان الهبة وينفذها باختياره كما سيأتي ، ولا يمكن القول من جهة أخرى إن الهبة - وهي هنا هبة في المقول - بعد أن نفذت تصح بالقبض على اعتبار أنها هبة يدوية ، فإن الواهب لم يسلم المقول للموهوب له كإجراء متم للهبة مكمل لركن التراضي كما هو الأمر في الهبة اليدوية ، بل سلمه بعد أن اعتقد أن الهبة قد تمت وأنه ملزم بالتسليم ، ويجب التمييز بين تسليم وقع تنفيذاً للهبة قد تمت وتسليم وقع إتماماً للهبة لم تتم ، فاللتسليم الثاني لا الأول هو التسليم المحتر في الهبة اليدوية . ولكن هذا لا يمنع الواهب في الحالة التي نحن في صددنا من أن يعيد إبرام الهبة الباطلة ، ويعيدها لا فحسب عن طريق توثيقها في ورقة رسمية صحيحة ، بل أيضاً عن طريق جعلها هبة يدوية ، فيسلم المقول إلى الموهوب له لا تنفيذاً لالتزام عليه لأن الهبة لم تتم قبل التسليم كما قدمنا ، بل إتماماً للهبة فيعقب التراضي بالقبض شأن سائر الهبات اليدوية .

وسرى الآن أن الهبة الباطلة لعب في الشكل قد تلحقها الإجازة على سبيل الاستثناء ، وذلك من طريق واحد هو أن ينقلها باختياره الواهب أو ورثته .

(ب) التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة لعيب في الشكل

٤٤ - النصوص القانونية : نص المادة ٤٨٩ من التقنين المدني على ما يأتي :
« إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه »^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه كان مطبقاً دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٥٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٧٨ - ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والمقود اللبناني^(٢) .

٤٥ - هل يختلف عن الهبة الباطلة لعيب في الشكل التزام طبيعي ؟
يتضح من الرجوع إلى الأعمال التحضيرية لتقنين المدني الجديد أن الفكرة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٦٣ من المشروع اتمهيدي على الوجه الآتي : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، انقضت الهبة صحيحة . وعُدل النص في لجنة المراجعة بما يجعل النص في رأي اللجنة مستقيماً مع القواعد العامة على أساس أن تنفيذ الهبة الباطلة يعتبر تنفيذاً لالتزام طبيعي ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة الشؤون التشريعية مجلس النواب استفسر كيف لا يجوز استرداد الهبة التي سلمت إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لعيب في الشكل ، فأجيب بأن الهبة الباطلة بطلاناً مطلقاً لعيب في الشكل يختلف عنها التزام طبيعي يعتبر تسلّم الموهوب للهبة تنفيذاً له ، وأنه لهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقاً لقواعد الالتزامات الطبيعية . ووافقت اللجنة على المادة كما هي ، ثم وافق عليها مجلس النواب ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥١ - ص ٢٥٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٥٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل ، فلا يسرى النص .

تقنين الموجبات والمقود اللبناني لا مقابل ، فلا يسرى النص .

السائدة عند وضع مشروع هذا التقنين كانت أن الهبة الباطلة لعب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي في ذمة الواهب ، وينتقل هذا الالتزام منه إلى ورثته ، فإذا نفذ الواهب أو ورثته مختارين هذا الالتزام الطبيعي كان التنفيذ وفاء لا يجوز استرداده . ويظهر ذلك في وضوح عندما نرى أن نص المشروع التمهيدى للمادة ٤٨٩ كان على الوجه الآتى : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل انقلبت الهبة صحيحة » . فعلى هذا النص في لجنة المراجعة على الوجه الآتى : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . وهذا هو الوجه الذى استقر عليه في التقنين الملقى الجديد . وقيل سببا لهذا التعديل إن النص قد عدل « بما يجعله مستقيما مع القواعد العامة ، إذ أن تنفيذ هبة الباطلة يعتبر تنفيذا لالتزام طبيعى » . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب « استفسر كيف لا يجوز استرداد الهبة التى سلمت إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لعب في الشكل ، فأجيب بأن الهبة الباطلة بطلانا مطلقا لعب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعى يعتبر تسليم الموهوب له للهبة تنفيذا له ، وأنه لهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقا لقواعد الالتزامات الطبيعية »^(١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « على أنه إذا لم تتوف الهبة الشكل اللازم ، ولكن الواهب أو ورثته قاموا مختارين بتنفيذها ، كان هذا التنفيذ معتبرا ، ولا يجوز استرداد ما دفع وفاء للهبة ، لأن الهبة الباطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ في المادة ٦٦٣ من المشروع ، بل لأن الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعى إذا نفذ لا يجوز استرداده . ويجب إذن حذف المادة ٦٦٣ من المشروع ، فإن

(١) انظر في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥١ - ص ٢٥٢ - وانظر أيضا

فترة ٤٤ في الملحق .

ورودها في الصيغة التي وردت بها خطأ كما تبين ، ولا حاجة لإيرادها في صيغة صحيحة فإن حكمها يمكن استخلاصه من اتعاود العامة ، وهو أقرب إلى الفقه منه إلى التشريع ،^(١) .

٤٦ - التنفيذ الاختياري للمدة الباطلة لعب في الشكل إمارة للمدة

وليس تنفيذاً لوفترام طبيعي : وقد كنا ممن يذهب إلى أن اجبة الباطلة لعب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي إذا نفذ لا يسترد ، ورددنا هذا الرأي في الموجز^(٢) ، كما رددناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وأمام لجنة المراجعة على الوجه الذى بيناه فيما تقدم منقولا عن مجموعة الأعمال التحضيرية^(٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٤ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٩ - ومحنة الإسكندرية الوطنية ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحاضرة ١١ رقم (٢٢٤) .

(٢) ص ٤٦٧ حاشى رقم ٢ - وانظر أيضاً في هذا المعنى والتون ١ ص ٢٧ .

(٣) وقد قضت محكة مصر الوطنية بأن الهبات الباطلة شكلاً ينشأ عنها التزام طبيعي إذا أوفاه الملتزم لا يستطيع استرداده ، ويقلب التزاماً معنياً إذا حصل تعديده قانوناً . ومن ثم ترفض دعوى ورقة الرأب بطلان حبة مورثهم لصفورها منه في محرر عرفى ، بعد أن ثبت لمحكة إجازة المدعى هذه الحبة فسمناً بقسمة الأعيان المورثة فيما بينهم وبمساجار أحطهم نصيب أحد الموهوب لم وإقرار آخر لبعض الموهوب لم في خطاب من بملكته لآل الموهوب (٦ مارس سنة ١٩٢٩ المحاضرة ٢١ رقم ٢٣٤) . وقضت محكة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن هذا الالتزام الطبيعي يوجب في القانون المصرى في ذمة الرأب نفسه فضلاً عن انتقاله إلى ذمة ورثته بعد وفاته ، عل خلاف التفتين الفرنسي لوجود المادة ١٣٣٩ من التى تقضى بأن يجب الشكل لا تصححه إجازة الرأب . ومن ثم يصح تعهد الزوج بتنفيذ وعده لزوجته وقت الزواج بأن يعطيا أربعائة جنبه ، وفقاده في تركه بعد موته ، عل تقدير أن وعده الزوج هذا وإن كان باطلاً شكلاً لعدم ثبوته في ورقة رسمية إلا أنه تخلف من التزام طبيعي حصل تعديده بصلور تعهد من بتنفيذه (١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحاضرة ١١ رقم ٢٢٤ ص ٦٥٢) . وانظر أيضاً في معنى الالتزام الطبيعي ما قضت به محكة الإسكندرية الكلية الوطنية من أنه إذا فرض أن الإقرار بالدين حبة وأنها باطلة شكلاً لعدم حملها بقدر رضى ، وبفرض أن التنازل من الغير باطل أيضاً =

ولكننا رجعنا عن هذا الرأى فى الجزئين الأول والثانى من الوسيط عند الكلام فى البطلان للشكل وفى الالتزام الطبيعى ، وأخذنا بالرأى الذى كان وارداً فى نص المشروع التمهيدى قبل تعديله فى لجنة المراجعة . فقد كان هذا النص يقضى كما رأينا بأنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب فى الشكل ، انقلبت الهبة صحيحة » . فالحبة الباطلة من حيث الشكل ترد عليها الإجازة . ما دام القانون قد نص على ذلك ، ونص فى الوقت ذاته على الطريقة التى بها تجاز وهى التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة ، ومن ثم لا تلحق الإجازة الهبة الباطلة إلا بهذه الطريقة دون غيرها ، فلا تجاز بالقول أو بالتصرف أو بغير ذلك من طرق التعبير عن الإرادة الصريحة أو الضمنية ، وإنما تجاز بالتنفيذ الاختيارى . ومعنى التنفيذ الاختيارى أن يكون الواهب عالماً بأن الهبة باطلة لعب فى الشكل ، ومع ذلك يقدم على تنفيذها راضياً مختاراً وهو على بينة من أمره ، فيسلم المال للموهوب للموهوب له قاصداً بذلك إجازة الهبة . فعند ذلك تنقلب الهبة الباطلة إلى هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة . ومتى انقلبت صحيحة فقد نقلت ملكية المال للموهوب — عقاراً كان أو منقولاً — للموهوب له ، فلا يستطيع الواهب أن يسترده .

وهذا هو التكييف الذى نؤثره ، ونستند فيه إلى سببين رئيسيين :

(السبب الأول) هو ما أوردناه فى الجزء الأول من الوسيط فى خصوص البطلان الذى يرجع إلى اعتبارات شكلية . فقد ذكرنا أن الشكل هو من صنع القانون ، والقانون هو الذى يعين الجزاء على الإخلال به ،

= لهذا السبب ، فإن الهبة الباطلة ليست مجردة من جميع الآثار القانونية ، إذ ينشأ عنها التزام أدبى ينقلب إلى التزام مدنى إذا حصل استبداله قانوناً (١٩ فبراير سنة ١٩٣٨ الهامة ١٨ رقم ٤١٩ ص ٩١٩) . انظر عكس ذلك وفى أن الهبة الباطلة للشكل باطلة بطلاناً مطلقاً وتمتع بإجازتها محكمة مصر الكلية ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٠٧ .

فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلاً^(١) .

(والسبب الثانى) هو ما أوردناه فى الجزء الثانى من الوسيط من أنه لو صح أن يتخلف عن ائبة الباطلة للشكل التزام طبيعى ، لصلح هذا الالتزام ، ليس فحسب للوفاء به فلا يسترد بعد الوفاء . بل أيضاً ليكون سبباً لالتزام مدنى (م ٢٠٢ مدنى) . فيستطيع الواهب أن يهرب من الشكل على الوجه الآتى : يهب المال فى ورقة عرفية ، فيتخلف عن هذه الهبة الباطلة للشكل التزام طبيعى . يتخذ سبباً لالتزام مدنى نحو الموهوب له ينشئ أيضاً بورقة عرفية . وبذلك يتمكن الواهب عن طريق ملتو أن يهب ماله هبة مباشرة مكشوفة دون مراعاة الشكل الواجب قانوناً^(٢) .

(١) ونقل هنا ما سبق أن قلناه فى هذا الصدد : « فالبلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية ، فى الحالة الأولى يكون العقد الشكل الذى لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلا ولكن بالقدر الذى يتطلبه القانون من الشكل . وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، والقانون هو الذى يبين له الجزء الكافى فى حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلاً (م ٤٨٩ جديد) وكما فى الشركة التى لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ جديد) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يجمع به فى فرض دون فرض كما فى شركات التضامن والتوصية . فالشكل كما قلنا من خلق القانون ، صممه على عينه ، ويقده على القالب الذى يختاره » (الوسيط جزء أول فقرة ٣٠١ ص ٤٩٢ . وانظر أيضاً ص ٢٥٥ فى الهوامش) .

(٢) ونقل هنا ما سبق أن قلناه فى هذا الصدد : « ويذكر عادة ، كمثل آخر لنوع الأول (التزام بدأ مدنياً فضاقة منه البداية مانع قانونى من ترتيب أثره فانقلب طبيعياً) ، عقد الهبة الباطل لعدم استيفاء الشكل ، فقد نمت المادة ٤٨٩ من التقنين المدنى على أنه إذا قام الواهب أو ورثته بختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى أن هذا النص إنما هو تطبيق لالتزام طبيعى تخلف عن الهبة الباطلة . ولو صح هذا لصلح هذا الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن ائبة الباطلة سبباً لالتزام مدنى، ولتمكن التعامل على الشكل فى الهبة عن طريق كتابتها فى ورقة عرفية ثم اتخاذها

ويخلص مما قدمناه أنه إذا نفذ الواهب أو وورثته مختارين هبة باطلة في الشكل ، سواء كان المال الموهوب عقاراً أو متقولاً ، فإنه لا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه ، لا لأن التنفيذ وفاء للالتزام طبعي ، بل لأنه إجازة بطريقة خاصة - نص عليها القانون - هبة باطلة في الشكل . وهذه الإجازة صححت الهبة ، فانقضت الملكية للموهوب له ، فلم يعد الواهب يستطيع أن يستردها . ويجب أن نفعل في هذا الصدد ما جاء في المذكرة الإيضاحية وما ورد في الأعمال التحضيرية مما سبق أن ذكرناه تفصيلاً (١) .

- سبباً للالتزام ملغ صحيح في ورقة عرفية أخرى، وهذا ما لا يجوز التسليم به . والصحيح في رأينا أن التنفيذ الاختياري لهية الباطلة في الشكل ، سواء من جهة الواهب أو من جهة ورثته ، إنما هو إجازة لعقد الهبة ، إذ البطلان المترتب على عيب في الشكل قد تلغته الإجازة إذا نص القانون على ذلك (الوسيط ٢ فقرة ٣٩٥ - وانظر أيضاً من هذا الرأي الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام الجزء الأول في آثار الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٨٧ حاشي رقم ٢ - وقارن الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٤٤ - الأستاذ أكثم المحول فقرة ٧٩ - الأستاذ محمد كامل حرسى فقرة ٦٣) .

وفي التقنين المدني الفرنسي تقصر المادة ١٣٤٥ إمكان التنفيذ الاختياري لهية الباطلة في الشكل - وإجازة هذه الهبة بوجه عام - على ورقة الواهب دون الواهب نفسه . ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف التزام طبعي من الهبة الباطلة في الشكل في جانب ورقة الواهب (بلانويول وريبير وودوان ٧ فقرة ٩٩٥ - بيدان ولاجاود ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٨ - قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧١ - فقرة ١٦٧٢ ، ومن رأيهما أن الهبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لانعدام الشكل ، حتى إذا مات الواهب كانت هذه الهبة ذاتها قابلة للإبطال بالنسبة إلى الورثة ! ويصعب التسليم بأن البطلان المطلق ينتقل إلى بطلان نسبي بموت الراسب : الوسيط جزء ٢ ص ٧٣٧ حاشي رقم ٢) .

(١) انظر رأياً آخر يذهب إلى أن التقنين الجديد قد خلق إلى جانب الرسية شكلاً جديداً ذا صيغة عامة يمكن أن تتم فيه الهبة هو التنفيذ الاختياري الأستاذ أكثم المحول فقرة ٧٩ . ويؤخذ على هذا الرأي أنه يخلط بين التنفيذ الاختياري لهية الباطلة والتبضيق في هبة المنقول : انظر فقرة ٨٢ .

ولا يؤدي هذا الرأي إلى النتائج التي تؤدي إليها فكرة إجازة الهبة عن طريق التنفيذ الاختياري . وصاحب هذا الرأي نفسه يبرز فرقين : أحدهما أن الهبة تعتبر منقذة من وقت التنفيذ الاختياري =

٤٧ - **هبة المنقول الباطلة لعيب في الشكل** : تنفيذ الهبة الباطلة لعيب في الشكل هو إذن إجازة خاصة لهذه الهبة وتصحيح لها . فإذا وقعت هذه الهبة الباطلة على منقول ، كان أمام الواهب لتصحيح هذه الهبة طريقتان : (الطريق الأول) أن يغفل الشكل الباطل ، ويحل محله القبض ، فتصبح هبة المنقول هبة يدوية . ويكون القبض في هذه الحالة ليس تنفيذاً لعقد الهبة الباطل ، بل هو إتمام هبة يدوية في المنقول . (والطريق الثاني) أن ينقذ الهبة الباطلة تنفيذاً اختيارياً ، وذلك عن طريق القبض أيضاً . ولكن القبض هنا ليس إتماماً لهبة يدوية في المنقول ، بل هو تنفيذ لهبة باطلة .

فالواهب في كل من الطريقتين المتقدمتين الذكر يسلم المنقول إلى الموهوب له ، فتم الهبة في الطريق الأول ، وتصحح في الطريق الثاني . على أن هناك فرقاً هاماً ما بين الطريقتين يظهر فيما يأتي : لو قصد الواهب الطريق الأول ، وأراد أن يتم الهبة بالقبض ، فالهبة لا تتم إلا من وقت القبض . أما لو قصد الطريق الثاني ، وأراد أن يصحح الهبة بالقبض عن طريق التنفيذ الاختياري ، فالهبة تنقلب صحيحة من وقت صدورها لأن للإجازة أثراً رجعياً ينسحب إلى وقت وجود العقد .

§ ٢ - الاستثناءات من وجوب الشكلية أو العينية في الهبة

٤٨ - **الهبة غير الباصرة والهبة المسترفة** : قدمنا أن الواهب يتصرف في ماله دون مقابل ، إما بنقل حق عيني للموهوب له ، أو بإنشاء التزام

= ولو أخذنا بفكرة الإجازة لاعتبرت الهبة منقطة من وقت صدورها ، والفرق الثاني أنه لما كان الذي قام بالتنفيذ الاختياري هم الورثة فإن الهبة تكون قد انقضت بينهم وبين الموهوب له فتنقل الملكية منهم لا من المورث ، ولو أخذنا بفكرة الإجازة لاعتبرت الهبة منقطة بين المورث والموهوب له فتنقل الملكية من المورث لا من الورثة . ولعل هذا الفرق الثاني هو الذي يظهر ما في الرأي من غرابة .

شخصي في ذمته للموهوب له ، وهذه هي الهبة المباشرة^(١) . وهي وحدها التي يجب إفراغها في الشكل الواجب قانوناً للهبة ، أما الهبة غير المباشرة فلا يلزم أن تستوفى هذا الشكل . بل إن الهبة المباشرة ذاتها لا يلزم أن تستوفى الشكل إذا هي لم تكن مكشوفة ، بل تحت تحت ستار عقد آخر (م ٤٨٨ / ١ ملغى) .

ويخلص من ذلك أن الهبة التي يجب أن تستوفى الشكلية (أو العينية في القول) هي الهبة المباشرة المكشوفة . فتخرج إذن : (١) الهبة غير المباشرة (donation indirecte) (٢) والهبة المستترة (donation déguisée) . ونستعرض كلا من هذين الاستثنائين .

أولاً - الهبة غير المباشرة

٤٩ - تعبر معنى الهبة غير المباشرة : حددنا فيما قدمناه الهبة المباشرة بأنها تصرف الواهب في ماله للموهوب له على سبيل التبرع . فالذي يميز الهبة المباشرة أنها تصرف مباشر في المال ، إما بنقل حق عيني أو بإنشاء التزام شخصي كما سبق القول . فإذا أعطى شخص لآخر داراً أو سيارة دون مقابل على سبيل التبرع ، يكون قد نقل له حقاً عينياً هو حق الملكية على الدار أو على السيارة ، فتكون الهبة هبة مباشرة . وإذا التزم شخص لآخر بمبلغ من النقود على سبيل التبرع ، فإنه يكون قد التزم له بحق شخصي هو إعطاء شيء (obligation de donner) ، وتكون الهبة هنا أيضاً هبة مباشرة .

ومن تحديد الهبة المباشرة على هذا النحو نستخلص تحديد الهبة غير المباشرة . فحيث يكسب الموهوب له حقاً عينياً أو حقاً شخصياً دون مقابل

(١) انظر أيضاً فقرة ٣ .

على سبيل التباعد عن طريق الواهب ، ولكن دون أن يفضل إليه هذا الحق مباشرة من الواهب ، فذلك هي الهبة غير المباشرة^(١) .

٥٠ - **أسكنة على الهبة غير المباشرة :** ويمكن بعد ذلك أن نورد أمثلة على الهبة غير المباشرة : فالنزول عن حق عيني يعتبر هبة غير مباشرة . مثل ذلك أن ينزل صاحب حق الانتفاع أو حق السكنى أو حق الاستعمال عن حقه فيؤول للمالك الرقبة ، أو ينزل صاحب حق الارتفاق أو صاحب حق الحكر عن هذا الحق فيؤول للمالك . ففي هذه الأحوال كسب الموهوب له (وهو المالك) حقا عينيا عن طريق الواهب ، ولكنه كسب هذا الحق لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب ، بل عن طريق نزول الواهب عنه وتركه إياه^(٢) .

والنزول عن حق شخصي - أي الإبراء - يعتبر هبة غير مباشرة . فإذا أبرأ الدائن ذمة مدينه من الدين ، كان هذا هبة غير مباشرة ، لأن الموهوب له (المدين) كسب الدين ، لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب ، بل عن طريق نزول الواهب عنه ، كما هي الحال في النزول عن حق عيني^(٣) .

(١) قارن أوبري ورو وإسان ١٠ فقرة ٦٥٩ هامش رقم ٨ - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٥٢٥ - وانظر في معيار الهبة غير المباشرة وودها إلى فكرة التصرف غير المنصف لرألهيد (acte venant) إلى الأستاذ أكرم الخول فقرة ٩٦ وما بعدها . وقد أدخل بموجب هذا المعيار في الهبات غير المباشرة التصرفات المبرمة والإقرار بالدين والتعهد بالوفاء وحوالة الحق وحوالة الدين ، وقد رأينا أن بعض هذه التصرفات هيات مستترة وبسبها يصح أن يكون هيات مباشرة مكشوفة .

(٢) ولكن هبة حق الانتفاع لغير مالك الرقبة تكون هبة مباشرة تستلزم الرسمية ، لأن التصرف هنا ينقل حق الانتفاع من صاحبه إلى الموهوب له (انظر الأستاذ أكرم الخول ص ١٤٣ - ص ١٤٤ - وانظر عكس ذلك الأستاذ محمود جلال الدين زكي ص ١٢٤ ولكن انظر مع ذلك ص ١٢٥) .

(٣) قارن المادة ٦٠٧ من القانون المدني العراقي ، وتنص على ما يأتي : ١٥ : إذا وهب -

والاشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرع يعتبر هبة غير مباشرة . فلذا يباع شخص داراً من آخر ، واشترط عليه أن يدفع الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة لوالد البائع دون أن يأخذ البائع مقابلاً من والده عن هذا الإيراد ، كان هذا الاشتراط هبة غير مباشرة من البائع لوالده . ذلك أن والد البائع قد كسب عن طريق البائع التزاماً يدفع الإيراد ، ولكن البائع لم يلتزم بهذا الإيراد مباشرة لوالده ، بل الذي التزم به شخص آخر هو المشتري ، ولذلك كانت الهبة غير مباشرة . وإذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ، فاستحق أولاده مبلغ التأمين ، كان هذا التأمين أيضاً هبة غير مباشرة من المؤمن لأولاده ، لأن التأمين هنا ليس إلا اشتراطاً لمصلحة الغير^(١) .

ويمكن القول أيضاً بأن قبول المحال عليه لحالة الدين دون مقابل يعتبر هبة غير مباشرة من المحال عليه للمحيل ، لأن المحيل كسب براءته من الدين ، مع التزام المحال عليه لشخص آخر هو المحال ، دون أن يلتزم للمحيل وإلا كانت الهبة مباشرة . وكذلك الحال فيما إذا التزم شخص دون مقابل أن يوفى دين غيره ، فهذه هبة غير مباشرة من الملتزم ، لأن هذا قد التزم لا للمدين بل للدائن ، ولو التزم للمدين كانت الهبة مباشرة^(٢) .

= الدائن الدين المدين أو أبرأ ذمته منه ولم يردده للمدين تم الهبة ويسقط الدين في الحال .

٢ . وإذا وجب الدائن الدين لغير المدين ، فلا تم الهبة إلا إذا قبضه بإذن الواهب .

أما الصلح مع المدين المفلس بالزول عن جزء من الدين فليس هبة أصلاً - لا مباشرة ولا غير مباشرة - لأن الزول هنا ليس بنية التبرع كما سبق القول (انظر آتياً فقرة ٢٢٨ في الحاشي) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ٦٦٢ من المشروع ، يجرى على الوجه الآتي : « إذا تمت الهبة في صورة اشتراط لمصلحة الغير ، فلا يشترط فيها شكل خاص إلا الشكل الذي قد يتطلبه العقد ما بين المشترط والمشهد . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن حكمه وارد في الاشتراط لمصلحة الغير (انظر آتياً فقرة ١٦٠ في الحاشي) .

(٢) وكذلك تعتبر هبة غير مباشرة أن يحمل شخص شخصاً آخر يبيع مئناً لشخص ثالث ويلتزم الأول بدفع الثمن ، إذ الموهوب له هنا قد انتقلت إليه ملكية المئنة لا من الواهب الذي -

(الوسيط - ١٤)

٥١ - تصرفات لا تعتبر هبات غير مباشرة : وهناك تصرفات تختلف

١ - التزم ببلغ الثمن، بل من صاحب العين التي باعها . ويعتبر الموهوب هو العين المبيعة لا الثمن (لوبيري ورو وإسبان ١٠ فترة ٦٥٩ ص ٥٢٦) . وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن شراء شخص لآخر عيناً والزامه ببلغ الثمن عنه يعتبر هبة مستترة لاهية غير مباشرة (نقص فرنس ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ سيرة ١٩٢٧ - ١ - ٤٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٤١ سيرة ١٩٤١ - ١ - ١٤٨ - ٣٠ مايو سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥١ - ٦١٧) . وينتقد الفقه الفرنسي أن تكون الهبة هنا هبة مستترة ، ويذهب إلى أنها هبة غير مباشرة على النحو الذي قلناه (أنيسكوليدي دالوز ٢ لفظ donation فترة ٤٨٨ - فترة ٤٨٩ وفترة ٥٥٠) . وقد ذهبت محكمة استئناف مصر إلى أن الهبة تقع على الثمن) ، وتعتبر مقبوضة ببلغ الثمن البائع (١٤ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٢ ص ٢٩٤٣) . وانظر أيضاً استئناف مخطوط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٦٥ . وانظر في هذا المعنى أيضاً بلانويول ورييه وبولانييه ٣ فقر - ٣٣٤٢ ، ويرون أن الهبة وقعت غير مباشرة بالتزام الواهب ببلغ الثمن البائع ، ولكن الأقرب إلى قصد المتعاقدين هو أن يكون المبيع ذاته لا الثمن هو الشيء الموهوب (انظر أوبري ورو وإسبان ١٠ فترة ٦٥٩ ص ٥٢٦ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٢٨ - وانظر أيضاً أحكام محكمة النقض الفرنسية السالف الإشارة إليها) .

ويتبع ذلك أنه إذا كان هناك مسوغ لفسخ الهبة وفسخها الواهب ، استرد من الموهوب له المبيع لا الثمن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الورقة الصادرة إلى أم من أولادها تتضمن إقرارهم بشراء أهمهم من مالها الخاص المنزل على النزاع الصادر عنه عقد البيع من المالك بأساء الأولاد في تاريخ لاحق لتلك الورقة ، وأن الأم تنازلت عنه بطريق الهبة إلى أولادها هؤلاء الذين تمهدوا بالألا يتصرفوا فيه إلا بعد وفاتها كما تمهدوا بأن يطولها ففقه شهرية مقدارها مائتا قرش ، فاعتبرت المحكمة هذا الإقرار ورقة عند تكتشف مما أخفاه عقد البيع الصادر بعدها من أن الأولاد ليسوا هم المشترين في الحقيقة بل المشتري هي الأم ، وأنها قصدت بإخفاء اسمها أن تنحصر الطريق والإجراءات فلا تشتري بعد ثم تهب بآخر ، بل يتم الأمران بعقد واحد . فهذا الذي حصلته المحكمة يسوغ ما ورد في الإقرار ، والمحكمة إذ كيفت عقد البيع المذكور بأنه هبة من الأم لأولادها سرورت في صورة عقد بيع من البائع إلى الموهوب لم لم يظهر فيه اسم المشتري الواهبة ، وإذ حكمت بطلان البيع الذي تصرف به الموهوب لم في الموهوب وفسخ الهبة لإعطالهم بالتزامهم بعدم التصرف ، لا تكون قد أعطت بل هي طبقت أحكام الضرورية والهبة غير المباشرة تطبيقاً صحيحاً (نقص مدق ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة حرم ٢٢٣ ص ٧٠٣) .

وليس من الضروري أن يكون الشراء باسم الغير مقترناً بنية الهبة ، وقد قضت محكمة

الرأى فيها ، بعدها البعض هبات غير مباشرة . ويعدّها آخرون هبات مستترة . ونذكر من هذه التصرفات الإقرار بالدين وعقود المحاباة .

ففى الإقرار بالدين يقر الواهب بدين عليه للموهوب له ، والحقيقة أنه غير مدين وإنما قصد الالتزام على سبيل التبرع . ولا نرى أن الإقرار بالدين على هذا النحوة غير مباشرة ، بل هو هبة مباشرة إذ التزم الواهب مباشرة للموهوب له . ولكن الهبة هنا مستترة تحت اسم تصرف آخر هو الإقرار ، فلا تجب الرسمية لأن الهبة غير مباشرة بل لأنها مستترة .

كذلك عقود المحاباة نرى أنها هبات مستترة ، لا هبات غير مباشرة . فإذا باع شخص عينا لآخر بشئ يخص حاباه فيه بقصد التبرع ، فإنه يكون قد وهب له الفرق بين ثمن المثل والثمن المدفوع . وهذه الهبة هي هبة مباشرة لأن البائع نقلها مباشرة من ذمته إلى ذمة المشتري ، ولكنها هبة يسرها عقد البيع ، فلا تشترط فيها الرسمية لأنها هبة غير مباشرة بل لأنها هبة مستترة (١) .

= التفض بأن دفع الزوج ثمن الشئ من ماله كما قد يكون بنية الهبة لزوجته يصح أن يكون مجرداً عن هذه النية ، وكان يكون الغرض منه استعادة اسم الزوجة في الشراء . فإذا استخلصت المحكمة انعدام نية الهبة بما حواه إقرار موقع عليه من زوجين بفقد دفع الزوج ثمن المبيع للزوج اشتريته زوجته ، وأنه إنما استعاد اسمها في العقد بقصد حرمان ورثته إن مات قبلها ، ومن كون ورثة الزوجة لم يتركوا ساكناً إزاء العقد محل الدعوى بعد وفاتها وطوال حياة الزوج زهله سبع سنوات حتى توفي الزوج ، فهذا استخلاص مبالغ (تفض مبالغ ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ بموجبه أحكام التفض ١ رقم ١١٣ ص ٤٤٠) . والتظاهر أن العقد وصية مستترة ، وهي باطلة لأنها لو اوتيت ، وقد سقطت كل حال لموت الموصى لما قبل الموصى .

(١) انظر في هذا المسألة أوبري ورو وإيمان ١٠ ققرة ٦٥٩ ص ٥٦٦ - بلانويون وروبير وديلانجيه ٢ ققرة ٣٣٤٢ - أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation ققرة ٤٨٢ وققرة ٥٤٤ .

ولكن ينبغي بعض التفهيم إلى أن عقود المحاباة هبات غير مباشرة ، ولا تشترط فيها =

٥٢ - استثناء الديات غير المباشرة من الشككية والعينية : والمبة غير المباشرة بالتحديد الذي قدمناه تستثنى من وجوب الشككية والعينية ، إذ القانون لم يشترط الشككية أو العينية إلا في اقيات المباشرة المكشوفة . ومن ثم تم المبة غير المباشرة دون حاجة إلى ورقة رسمية ، ودون حاجة إلى القبض في المقول^(١) .

وإذا استعرضنا الأمثلة التي قدمناها للجهة غير المباشرة ، وهي النزول عن الحق العيني والإبراء والاشتراط لمصلحة الغير وحوالة الدين ، وجدنا أن القانون نظم هذه التصرفات تنظيها خاصاً ، وصرح في بعض الحالات بعدم ضرورة الشككية فيها . فيجب إخراجها من منطقة المبة المباشرة ، ولا يسرى عليها إلا التنظيم الخاص بها .

فقد نظم القانون الاشتراط لمصلحة الغير ، فأجاز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد لا قبل المشتراط م (م ١٥٤ مدني) . وسواء كان الاشتراط لمصلحة الغير بمقابل أو بغير مقابل ، فهذا هو النظام الذي يتبعه ، وليس فيه الشككية . فإذا كان بغير مقابل ، كان مبة غير مباشرة كما قدمنا ، وقد أعفيت من الشككية بحكم النظام الخاص الذي يسرى على الاشتراط لمصلحة الغير .

ونظم القانون أيضاً حوالة الدين ، فأجاز أن تتم هذه الحوالة باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين نحو الدائن أو باتفاق بين الدائن

الرسمية لهذا السبب (بودري وكولان ١٠ فقرة ١٢٢٢ وفترة ١٢٣٦ - بونسار ص ١٨٦ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٦٢ - الأستاذ أكثم الخول فقرة ١٠٥) .

(١) استئناف مخطوط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٤

جائزت ٤ رقم ٨٨ ص ٢٢٣ - ١٥ فيفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٤ .

والحال عليه يقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلي في التزامه (م ٣١٥ و م ٣٢١ مدني) . وهذا النظام يسرى سواء كان الحال عليه اعترض الرجوع عند الوفاء بالمدين على المحيل أو تبرع له ، وليس فيه الشككية . فلذا كان الحال عليه قد تبرع للمحيل بوفاء الدين عنه ، كان هذا هبة غير مباشرة كما قلنا ، وقد أضيفت من الشككية بحكم النظام الخاص الذي يسرى على حوالة الدين .

ونظم القانون الإبراء من الدين ، فقرر أن يتخفى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً (م ٣٧١ مدني) . وهذه هبة غير مباشرة كما قلنا ، نص القانون صراحة فيها على أن الشككية لا تشترط ، إذ تقول المادة ٣٧٢ مدني : ١ - « يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع . ٢ - ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان » . وقل مثل ذلك في سائر المبات غير المباشرة .

٥٣ - سرية الأوامر الموضوعية على الديات غير المباشرة : وإذا

كانت الأحكام المتعلقة بالشكل أو بالهيئة لا تسرى في المبات غير المباشرة ، فإن الأحكام الموضوعية تسرى ، كجواز الرجوع في المبة واللعن بالدعوى البولصية وأهلية التبرع والتصرف في مرض الموت وغير ذلك من الأحكام .

وتثبت المبة غير المباشرة وفقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات . فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما بين المتعاقدين فيما يجاوز عشرة جنيهات ، كما إذا أراد الواهب الرجوع في المبة فطلب منه إثباتها . أما القبر فله أن يثبت المبة غير المباشرة بجميع طرق الإثبات ومنها البيعة والقرائن ، كما إذا أراد دائن الواهب أن يضمن في المبة غير المباشرة بالدعوى البولصية^(١) .

(١) أنشكره في المجلد ٢ لفظ *donation* - فترة ٥٥٦ - فترة ٥٦٥

ثانياً - الهبة المستترة

٥٤ - التمييز بين الهبة المستترة والهبة غير المباشرة : يجب التمييز بين الهبة المستترة والهبة غير المباشرة . فالهبة المستترة هبة مباشرة ، إذ فيها يتقل الواهب للموهوب له حقاً عينياً أو يلتزم له بحق شخصي ، وهذا أول فرق بين الهبتين . والفرق الثاني أن الهبة المستترة ظاهرها غير حقيقيتها ، فبوى في حقيقتها هبة ولكنها تظهر تحت اسم عقد آخر . أما الهبة غير المباشرة فظاهرها كحقيقتها فهي هبة في الحقيقة وفي الظاهر .

واذبة غير المباشرة أضعفت من الشكل بحكم النظام الخاص الذي يسرى عليها كما سبق القول . أما الهبة المستترة فهي هبة مباشرة ، وكان الواجب أن تخضع لشكل الهبة ، ولكن القانون أعفاها من هذا الشكل بنصر صريح ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ ملغى كما رأينا : « تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » (١) . فالنص يعنى الهبة التي تتم تحت ستار عقد آخر ، أى الهبة المستترة ، من الشكلية ، سواء كانت هبة عقار أو هبة منقول . ومن ثم تتم هبة المنقول

(١) ولا يوجد في التتيزن الملف الفرنسي نص مقابل يعنى الهبات المستترة من الشكل ، ولكن القضاء الفرنسي قد استمر على إعفاء هذه الهبات من الشكل تقريباً لما من الهبات غير المباشرة والمهبة الغير التي يحصل مع الموهوب له ، وقد استند القضاء الفرنسي في ذلك إلى بعض نصوص ليست حاسمة ، ولكن الاجتهادات السلبية هي التي قلبت في استنار القضاء ، ولم يبد الله الفرنسي يستطيع المازعة في ذلك (لوبري دود وليميان ١٠ ققرة ٦٥٩ طامش رقم ٢٧ - بوردو وكولان ١٠ ققرة ١٢٣٧ - ققرة ١٢٤١ - بلانول وديور وترانسبير ٥ ققرة ٤٧٤ - بلانول وديور وويلانجه ٣ ققرة ٣٣٥٠ - كولان وكايجتان ٣ ققرة ١٦٢١ - ميدان وبلواوان ققرة ٢٢٦ - داللي Dailley رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - جوليفيه Joliffe رسالة من بريتانيه سنة ١٩٤٠ - نوفر Nouven رسالة من نانتى سنة ١٩٤٢ - ألبكوليدى Alpkoldy رسالة ٢ لفظ Donation ققرة ٤٦٧ - ققرة ٤٧١ .

دون حاجة إلى ورقة رسمية ودون حاجة إلى القبض ، إذا كانت هبة مستترة .

٥٥ - **أستتر على الهبة المستترة** : ومن الأمثلة على الهبات المستترة الهبة المستترة في صورة عقد بيع ، وهنا هو المثل الغالب في التعامل . ومن ذلك الهبة المستترة في صورة حوالة الحق . فيحيل صاحب الحق حقه إلى المحال له على سبيل التبرع ، ولكنه يكتب في الحوالة مقابلاً يستتر به الهبة .

ومن ذلك الهبة المستترة في تظهير الكيالة والسند تحت الإذن ، ويقدر المظهر أن القيمة وصلته نقداً أو قلعت أو نحو ذلك ، والحقيقة أن التظهير كان على سبيل التبرع^(١) .

ومن ذلك الهبة المستترة في صورة قرض ، فيكتب الواهب سنداً عليه بجملة من النقود يقول إنه تسلمها على سبيل القرض ، ويكون في الحقيقة قد التزم بها على سبيل التبرع^(٢) .

ومن ذلك الهبة المستترة في صورة إقرار بالدين ، فيكتب الواهب إقراراً بدين عليه لآخر ، وهو في الحقيقة غير ملين وإنما قصد الالتزام على سبيل التبرع^(٣) .

ومن ذلك عقود المحاباة ، فهي هبات مستترة في القدر المحابي به ، وقد سترتها عقود المعاوضة^(٤) .

ومن ذلك الهبة المستترة في عقد إيراد مرتب مدى الحياة ، فيلزم

(١) بودرى وكولان ١٠ فترة ١٢٤٤ .

(٢) استئناف مخطط ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٥ .

(٣) انظر آنفاً فترة ٥١ .

(٤) انظر آنفاً فترة ٥٦ .

شخص آخر بترتيب إيراد له مدى الحياة ، ويكتب مقابلاً سوريا لهذا الإيراد ، ويكون في الحقيقة متبرعاً بالإيراد .
والأمثلة كثيرة على الهبات المسترة باسم عقود أخرى (١) .

٥٦ - وجوب ستر الهبة بغير آخر مستوف لشروط الوفاء في الظاهر :
والمهم ألا تكون الهبة سافرة يتم ظاهرها عن أنها هبة مكشوفة . فيجب إذن أن يكون هناك عقد آخر غير الهبة سائر لها ، ويجب أن يحكم هذا العقد ستر الهبة ، فهذا العقد السائر إنما هو في الواقع ضرب من الشكلية حل محل شكلية الهبة أو عينيها إذا كانت هبة منقول (٢) .
ومن ثم يجب أن يتوافر في العقد السائر جميع شروط انعقاده في الظاهر (٣) .

(١) فالشركة التي يسلي فيها الشريك أسهماً دون أن يدفع حصة في رأس المال تخفى هبة مسترة لهذا الشريك ، والتوكيل بتسلم شيء مودع لحساب الموكل قد يخفى هبة هذا الشيء للوكيل (أوبري ورو وإيهان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٧) .

وقد تستر الهبة في صورة تخارج (نقض مبلغ ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة محر ٣ رقم ١٣٦ ص ٤٠٨) ، أو في صورة إقرار بالملك (استئناف وطني ٢٤ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥٠-٢٤٠) ، أو في صورة سند تحت الإذن (استئناف مصر ٢٣ يولية سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٤٧ ص ٣٠٤ - استئناف مخطوط ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ١٨٦ ص ٣٥٧) .

وليس من الضروري أن يكون العقد السائر ناقلاً للملكية ، فيصح أن يكون من العقود الكاشفة كالصلح (جوليه ص ٦٨ ، الأستاذ أكهم الخول ص ١٢٥ هاشم رقم ١ - عكس ذلك بلانيول وريبير وبولانيه ٣ فقرة ٢٣٥٧) . ولكن هبة الوالد أمواله لولديه وتسمية الهبة بأنها قسمة ليست إلا هبة مكشوفة ، فتكون باطلة إذا لم تكن في ورقة رسمية (استئناف مخطوط ٩ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٦) .

(٢) فالجهد الذي يبذله الوهاب في ستر هبته في صورة عقد آخر كفيلا أن ينهه إلى ما هو مقدم عليه من تصرف ، ويدل في الوقت ذاته على تصميمه على المضى في تصرفه ، وهذا محل عمل الشكلية أو العينية في حماية إرادة الوهاب (أليكسكوبسكي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٣١ وقرة ٤٧١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما يشترطه القانون نسيئة الهبة المسترة وتغافلها -

فإذا ستر المبة حوالة حتى يجب أن تكون الحوالة مستوفية لشروط انعقادها ونفاذها . ولما كانت حوالة الحق ليست عقداً شكلياً ، فلا يشترط إذن شكل خاص . ولكن يجب أن يذكر مقابل صوري للحوالة حتى لا يتم العقد عن المبة ، وأن يقبلها المدين أو يعلن بها حتى تكون نافذة في حقه (م ٣٠٥ مدني)^(١) .

وإذا كانت المبة في صورة كبيالة مظهرة . وجب أن تستوفي الكبيالة شروطها الشكلية والموضوعية ، وأن يستوفي التظهير شروطه كذلك .

وإذا كانت اخية في صورة عقد ترتيب إيراد ، وجب أن يستوفي هذا العقد شروطه . وتقول المادة ٧٤٣ مدني في هذا الصدد : « العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً ، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع » . ويخلص من هذا النص أن ترتيب الإيراد على سبيل المبة السافرة يجب أن يستوفي شكلية المبة . أما إذا كتب في العقد مقابل صوري للإيراد ليستر المبة ، وجب أن يستوفي هذا العقد أيضاً شروطه الشكلية ، فيجب أن يكون في ورقة مكتوبة ، وليس من الضروري أن تكون ورقة رسمية .

— أن يكون العقد السائر للمبة مستوفياً كل الشروط المقررة له من حيث الشكل ، فإذا كان سند الدين موضوع النزاع مستكلاً بجميع شرائط سندات الدين الصحيحة ، واستخلصت محكمة الموضوع أن التصرف الوارد فيه كان منجزاً وغير مضاف إلى ما بعد الموت ، ثم كفيته على فرض كونه تبرعاً بأنه مبة صحيحة نافذة في حق ورقة الواب ، فذلك هو مقتضى التطبيق الصحيح للقانون (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧) .

(١) فإذا تنازلت سيدة تداين أبها بسند لابتة أبها من هذا الدين نظير جهازها ، فهذه مبة مكتوبة لاسترة ، ويجب أن تتم بورقة رسمية أو بالتقيض (استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٣ الحامدة ١٤ رقم ٢٠٢٥١ ص ٤٨٢) . وإذا لم يذكر مقابل الموالاة ، فهي مبة مكتوبة تستوجب الرسمية (استئنافية الكلية الوطنية ١٩ فبراير سنة ١٩٣٨ الحامدة ١٨ رقم ٤١٩ ص ٩١٩) . وإذا خصصت شركة نسبة مئوية من أرباحها لشخص ، ولم تحذف ذلك تحت اسم عقد آخر ، بل ذكرت أن هذا الشخص هو لإعانة الموهوب له ، فلهذه مكتوبة تستوجب الرسمية (استئناف مخطوط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠) .

وإذا كانت الهبة في صورة إقرار بالدين ، وجب ألا يظهر من الإقرار
ألا دين هناك وأن الإقرار مجرد الالتزام على سبيل التبرع وإلا كان الإقرار
غير سائر للهبة ، وكانت الهبة مكشوفة تستوجب الرسمية . ومن ثم فالإقرار
بالدين الصادر من شخص لآخر ، والمذكور فيه أنه كتب اعترافاً بيمين
المقر له بالدين ، لا يكون إقراراً سائراً لظهور فكرة التبرع في عبارات
الإقرار ذاتها^(١) . وإذا لم يذكر في الإقرار سبب الدين ، واقتصر الواهب
على أن يذكر أنه يقر بدين في ذمة لفلان مبلغ كذا ، أو أنه يصعد لفلان
بذبح مبلغ كذا ، كان الإقرار في هذه الحالة سائراً والهبة مستترة ، فصح
دون ورقة رسمية ، لأن الإقرار الحقيقي لا يشترط فيه ذكر سبب الدين
ويفترض أن للدين سبباً^(٢) .

وقل مثل ذلك في العقود الأخرى التي تستر الهبة ، وقف من هذه
العقود بوجه خاص على عقد البيع ، لأن الهبة المستترة أكثر ما تستتر

(١) ولا يجوز أن يكون الإقرار صحيحاً في هذه الحالة إلا إذا فسر حل أنه وفاء بالالتزام
طبعي . فلا يستلزم الوفاء ورقة رسمية (أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation ٤٩٤ -
ققرة ٤٩٥) .

(٢) أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation ققرة ٤٩٦ - وانظر ققرة ٥٢٧ حيث
يعتبر الإقرار غير المضمن لسبب هبة غير مباشرة ، وفي رأينا أنها هبة مستترة كما في الإقرار
المضمن لسبب الدين .

ويخلص من ذلك أن الهبة التي يسترها إقرار عرفي بالدين كست تحت الإذن تكون صحيحة
(نقض مدق ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٥ ص ٦٨٦ - استئناف غطط
٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢١ - ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٨٢ - ٢٥ مارس
سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٣١٢ - ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٨٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م
٤٨ ص ٥١ - ٣ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٤) . وانظر في هبة في صورة إقرار بالدين
مستكمل لجميع الشروط : نقض مدق ٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٢ ص ٢١٠ -
استئناف مصر ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ المجلد ٩ رقم ٣٩٥ ص ٢٧٤ .

وبين ما لا شك أنه يجب التصرفات المبرجة إذا انحلت على هبات فهي هبات مستترة ، وإذا
كان بعض القضاة يذهب إلى أنها هبات غير مباشرة .

به في العمل هو هذا العقد . فالحبة المسترة في صورة بيع يجب أن تستوفى شروط البيع في الظاهر . ولما كان البيع عقداً رضائياً ، فلا يشترط شكل خاص لانقضاء الحبة المسترة به . ولكن يجب أن يكون هناك مبيع وعمن . أما المبيع فهو الشيء الموهوب ، يسميه المتعاقدان ميعاً . وأما العمن فصورى لاحقيقة له ، وإنما يذكر لستر الحبة . ولا بد من ذكره ، فإذا لم يذكر أصبحت الحبة سافرة تستوجب الشكالية . كذلك إذا ذكر عمن تافه ، كانت الحبة سافرة لا بد لانقضاءها من ورقة رسمية^(١) . أما إذا ذكر عمن بخس ، فلما أن يكون هذا العمن صورياً ، فتصح الحبة لأنها استمرت بالبيع بعد أن استوفى شروطه في الظاهر بذكر العمن . وإما أن يكون العمن البخس جدياً ، فينظر إذا كان البائع قصد البيع وإنما تحمل العمن مضطراً ، فإن العقد يكون بيعاً صحيحاً لأن العمن البخس لا يعطل البيع . وإذا كان البائع قصد أن يحاكي المشتري بالفرق بين عمن المثل والعمن البخس ، فالعقد في مقدار الحباية حبة مسترة كما سبق القول . وقد يذكر في البيع السائر للهبة عمن يعادل عمن المثل ، ولكن يقرر البائع في العقد أنه وهبه للمشتري أو أبرأه منه ، فهذه حبة سافرة لاسترة ، ويجب أن تستوفى شرط الشكالية أو العينية^(٢) . فالواجب إذن أن يحكم

(١) وإذا كان العمن المذكور لإيراد مرتباً على الحياة ، وكان الإيراد أقل من ديع العين ، فقد قلنا عنه الكلام في البيع أنه يعتبر عمناً تافهاً ، وتكون الحبة مكشوفة لاسترة ، فتستوجب الرسمية (انظر الوسيط : ٤١٦) .

(٢) وقد كانت أحكام القضاء متضاربة في هذه المسألة . فبعضها كان يذهب إلى أن العقد يكون في هذه الحالة حبة مسترة لا تستوجب الشكالية ، لأن الحبة لم تنصب إلا على عمن وهو محمول على حبه بدون ورقة رسمية ، ويبقى البيع بعد أن ذكر فيه عمن سائراً للهبة . ولا فرق بين أن يذكر البائع أنه قبض العمن ولم يكن قد قبضه فعلاً وبين أن يقول إنه وهب العمن أو أبرأه للمشتري منه ، بل هو في الحالة الأخيرة يعبر الواقع فيكون أول بالرماية : استئناف وطى ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال : ٤ ص ٤٤٨ - ١٧ فبراير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية -

٩ = رقم ٨٧ من ٢٠٠ - ٤ يولييه سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ من ١٨٥ - ٢٥ نولبر سنة ١٩٠٨
 المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥٢ من ١١٩ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢
 رقم ٦٤ من ١١٨ - ١٣ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٤ من ٢٠٠ - ٢٩
 نولبر سنة ١٩١٤ للشرائع ٢ رقم ١٦٠ / ١ من ١٤٨ - ٨ فبراير سنة ١٩١٧ للشرائع ٤
 رقم ١٤٤ من ٤٩٠ - ٤ يولييه سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١١٣ من ١٩٥ -
 ٢٢ مايو سنة ١٩١٨ للشرائع ٥ رقم ٩٢ من ٤٣٨ - استئناف مخطط ١٢ مايو سنة ١٩١٠
 م ٢٢ من ٢٩٧ - ١١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٨٦ - ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ١٤
 من ١٥٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ١١٨ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠
 من ٣١٦ .

وقد ثبت أحكام أخرى إلى أن العقد يكون في هذه الحالة حبة مكشوفة تستوجب الرسمية ،
 إذ لا بد في البيع المسائر لهبة أن يكون في ظاهره دالا على بيع حقيق ولا يوجد بيع حقيق إذا
 وهب البائع المثل المشتري أو أبرأه منه ، والقول بأنه تجوز حبة المثل لأنه منقول فيه تجزئة العقد
 إلى عقدين وهذا عالم يتصل إليه المتصلان . حل أن حبة المثل يجب أن تكون من أيضاً في ورقة
 رسمية مادام المثل لم يقبض : استئناف وطني ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٩ من ٤ - ٦ يولييه
 سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ من ١٨٠ - ٤ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١٠
 من ٢٣٨ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ من ٢٦٦ - ١٧ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة
 الرسمية ١١ رقم ١٠٩ من ٢٩٩ - ٢ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٦٥
 من ١٢٠ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ للشرائع ٢ رقم ٢١٩ من ٢١٢ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٥
 للشرائع ٣ رقم ٧٧ من ٢٩٥ - ٢٢ يناير سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥١ من ٨١ -
 ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ للشرائع ٣ رقم ١٨٩ من ٥٥١ .

وقد طرحت المسألة على دوائر محكمة الاستئناف الوطنية المحجبة ، فقفزت في أول مايو
 سنة ١٩٢٢ (المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٤٢ من ٦٨ - المضافة ٢ رقم ١٦٠ من ٤٧٣) بالرأي
 القضي ، مستندة إلى أنه إذا لم يكن عقد الحبة المسترة في ظاهره عقداً ذا عوض ، بل كان
 ظاهراً كاشفاً لنية التبرع أو دالاً عليها ، كانت الحبة بائنة لأنها تكون حبة مكشوفة لاستترة .
 ولا تكون صحيحة إلا إذا كان العقد جلياً في الظاهر لأركان البيع اللازمة لانقضاء ، أي مذكوراً
 فيه المثل بطريقة غير نافية لوجوده . ثم إن حبة المثل أو الإبراء منه يدل كل سلط عليه أنه عقد
 تبرع ، فلا حاجة هنا لحماية الغير بمصالح الحبة . والقول بأن الحبة تصح في المثل لأنه منقول
 غير صحيح ، لأن المنقول الذي لم يقبض لا تجوز حبه إلا بقصد رسي . والقول بأنه لا يصح
 نقض تصرف من كان صريحاً في عمله في حين إيجازته لو كان أخفى غرضه مردود بأن المسألة هنا
 مسألة تطبيق نص قانوني ، حل أن الواقع أن القواعد لم يكن صريحاً في عمله فقد أراد التماسيل ولكنه
 فعل الطريق فلم يعرف كيف يستوفى شرائط العقد الذي للعبا إليه ليصفه حبة ، وكان في الواقع =

البيع ستر الهبة ، بأن يذكر فيه ثمن غير تافه^(١) ، ولكن ليس من الضروري أن يذكر في البيع أن الثمن قد قبض ، بل يصح تصويره على أنه دين قائم في ذمة المشتري . فإذا ستر البيع الهبة على هذا الوجه ، تمت الهبة دون حاجة إلى ورقة رسمية ، ودون حاجة إلى القبض في المتحول^(٢) .

= يقوم مقام هبة الثمن اعترافه بقبضه ليصح عقده . انظر أيضاً استئناف وطني ٤ يناير سنة ١٩٢٣
المجموعة الرسية ٢٥ رقم ٧٠ ص ١٢٠ .

وقد أخذت بهذا الرأي الثاني محكمة النقض ، فقضت بأنه لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن في عقد البيع متى كان الثمن مسمى فيه ، فإن البيع يقتضى إطلاقاً التزام المشتري بدفع الثمن المسمى ، ولكن إذا كان لم يذكر في العقد أو ذكر مع إبراء المنصرف إليه منه أو وجه له ، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون ساتراً للهبة ، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بمدة آخر فإنه يشترط أن يكون هذا المدة مستوفياً الأركان والشرائط اللازمة لصحته (نقض مدني ٩ يولييه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٠ ص ٤٠٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين ، وكان منصوحاً فيه على أن البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن ، وعلى أن المشتري التزم بتجهيز أخيه وبالإففاق عليها جعل أمه بعد وفاة أبيه ، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة ، فإنها لا تكون قد أعطت في تكليفه فإن مجرد النص على أن الولد تبرع بالثمن يكفي لاعتبار العقد هبة مكشوفة . أما ما التزم به الموهوب له في ذيل هذا العقد من تجهيز أخيه ومن الإففاق عليها وعلى والدته بعد وفاة أبيه ، فلا يملو أن يكون مقابلاً للهبة ، ولا يخرج عقدها عن طبيعتها (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٣ ص ١٧٨) .

ومتى ذكر الثمن في العقد كان البيع ساتراً للهبة كما قلنا ، حتى لو وجدت ورقة ضد تكشف عن حقيقة نية المنصرف (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ ص ٥٧٣) ، وحتى لو انتفق الطرفان على عدم نقل تكليف البين المبيعة وبقيتها تحت يد البائع للانقطاع بها طول حياته (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢ ص ٤٣) .

انظر في هذا الموضوع الأستاذ محمد كامل حرس في العقود المسماة ٢ فقرة ٧٤ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٤٨ .

(١) أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٨٥ وفترة ٤٨٧ .

(٢) ودون حاجة إلى استيفاء الثمن بدماعة ، إذ المفروض أن الثمن صوري (استئناف

عقود ١٨ يولييه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٦) .

٥٧ - إضفاء الـهبة المستترة من الشككية وصح العيبية : لم يكن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يعنى هبة العقار المستترة من الشككية إلا بالنسبة إلى الغير حسن النية . أما فيما بين المتعاقدين ، فكانت هبة العقار فى غير ورقة رسمية باطلة حتى لو كانت مستترة . فكانت المادة ٦٦٠ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : ١ - تكون هبة العقار بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة . ٢ - على أنه إذا تمت الهبة تحت ستر عقد آخر ، جاز للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر وفقاً لما تقتضى به مصلحته . فإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأوليين . فكان هذا النص يجرى على هبة الثمار المستترة لأحكام الصورية ، فإذا كانت الهبة فى صورة بيع مثلاً ، فالعقد الحقيقى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين ، فتكون الهبة باطلة لانعدام الشككية . ولكن الغير حسن النية له أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت مصلحته تقتضى بذلك ، كما إذا اشترى شخص العين الموهوبة من الموهوب له ، فالمشتري فى هذه الحالة يتمسك بالعقد الظاهر ويعتبر الهبة المستترة يباعا ونقل الملكية إلى الموهوب له حتى يصح عقد شرائه من هذا الأخير .

وفى لجنة المراجعة حذف هذا النص ، واستبقيت الأحكام التى كان معمولاً بها فى عهد التقنين المدنى السابق^(١) ، إذ ألفها المتعاملون

(١) استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ٤٢ ص ٨١ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٦ الهامة ٣٠ رقم ٣٧٣ ص ٧٥١ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ الهامة ١٩٤٧ رقم ٢٤٦ / ١ - استئناف أسوط ١٠ مارس سنة ١٩٣٥ الهامة ١٧٢ رقم ٤٤٥ ص ٨٨٤ - سوامج الكلية ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ الهامة ١٧ رقم ٤٤٩ ص ٨٩٣ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ الهامة ١٧ رقم ٣٧٧ ص ٧٦٢ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١٩ فبراير سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ٢٢٢ ص ٥٦٠ - استئناف مخطوط ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢٠٣ - ١٧ -

منذ وقت طويل ولم يجد ما يدعو إلى تغييرها : فاستقر التقنين المدني الجديد على أن الهبة المسترة ، في العقار وفي المنقول ، تنفي من الشكلية ومن العينية^(١) .

في الهبة المسترة للعقار ، يكون العقد صحيحاً بالرغم من أنه لم يوثق في ورقة رسمية ، ويمكن أن يكون العقد الساتر قد استوفى ظاهراً شرائط انعقاده . وتكون الهبة صحيحة بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضاً فيما بين المتعاقدين .

وفي الهبة المسترة للمنقول ، يكون العقد صحيحاً كذلك بالرغم من أنه لم يوثق في ورقة رسمية ، وبالرغم من أن الموهوب لم يقبض ، فيبقى العقد الساتر بذلك عن كل من الشكلية والعينية .

٥٨ - خضوع الهبة المسترة لأحكام الهبة الموضوعية : على أن الهبة المسترة ، إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة الشكلية ، فإنها تخضع لأحكامها الموضوعية . ويترتب على ذلك أن الهبة المسترة تعتبر هبة ، وتستلزم أهلية التبرع في الواهب ، ويجب أن يكون الواهب الكفاً لما تبرع به ، ويتخفف فيها من ضمان الاستحقاق^(٢) وضمان العيب ، وتعتبر تبرعاً بالنسبة إلى الدعوى البولصية ، ويجوز فيها الرجوع إلا إذا وجد المانع ، وإذا صدرت في مرض الموت كان لها حكم الوصية^(٣) .

= يوليه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٤ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٤ - ٨ مارس سنة ١٩٢١ م ٥٣ ص ١٦٧ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢١ م ٥٣ ص ١٢٩ - ١٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٥٤ ص ٢٨ - ٢٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٥٤ ص ٥١ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ في الملحق .

(٢) إلا في حق الغير ، فإنها كانت الهبة في صورة بيع وباع الموهوب له العين إلى مشتر ، كان لهذا المشتري الرجوع بضمين استحقاق البيع على الواهب (استئناف غخط ١١ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٢٤٦) .

(٣) استئناف غخط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٥ - ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ =

ومن يدعى أن العقد الظاهر ليس إلا هبة مستترة ليجرى عليه أحكام
المبة الموضوعية هو الذى يحمل عبء الإثبات . فإذا ادعى المتصرف مثلاً أن
البيع الصادر منه إلى المشتري ليس إلا هبة مستترة ، وأنه يريد الرجوع
فيها ، فعليه هو أن يثبت ذلك وفقاً للقواعد المقررة في الإثبات . فإذا كانت
قيمة المال المتصرف فيه تزيد على عشرة جنيات أو كان المتصرف
مكتوباً^(١) ، لم يميز إثبات التستر إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . ولذلك
يكون من الخير للواهب في المبة المستترة أن يحصل على « ورقة ضد » من
الموهوب له يقرر فيها هذا أن العقد الظاهر هو في حقيقته هبة مستترة ،
حتى يتيسر للواهب إثبات التستر بالكتابة عند الاقتضاء .

وإذا كان الذى يدعى استتار المبة هو الغير ، كدائن الواهب إذا طعن
في المبة المستترة بالدعوى البولصية ، فإن هذا الغير هو الذى يحمل عبء
الإثبات . ولكن له أن يثبت الاستتار بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك
البينة والقرائن ، لأنه غير لا يكلف الإثبات بالكتابة^(٢) .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيها إذا كان المتصرف المطعون فيه هو
هبة مستترة ، ناظراً في ذلك إلى ظروف التصرف وملابساته ، ولا معقب
على تقديره من محكمة النقض^(٣) .

= ١٩ م ص ٢٦١ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٣١٢ - ٣١ مايو سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٣٤٠ .

وكذلك يجب تسجيلها في القمار لتبطل الملكية (استئناف غلط ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٥٢ ص ٧) . ولكن لا يشترط تسجيلها لصحة المبة في ذاتها (استئناف غلط ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٩) .

(١) ولكن إذا كان المتصرف المكتوب إقراراً بهن لم يذكر سببه ، جاز الواهب أن يثبت بجميع الطرق أن السبب هو التبرع ، لأنه لا يثبت عكس ما هو مكتوب ولا يخلو به ، وإما ما ينسب المكتوب (أوبرى ورو وإسبان ١٠ فترة ٦٥٩ ص ٥٢٩) .

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ donation فترة ٥٠٦ - فترة ٥١٦ .

(٣) بومدى وكولان ١٠ فترة ١٢٥٦ ص ٥٩٨ .

المبحث الثاني

شروط الصحة

٥٩ - الأهلية وعيوب الرضا : وشروط صحة التراضي في المبة ، كشرط صحته في سائر العقود ، ترجع إلى الأهلية وإلى عيوب الرضاء :

المطلب الأول

الأهلية في عقد المبة

٦٠ - أهلية الواهب وأهلية الموهوب له : يجب في صدد الأهلية التمييز بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له . والقانون يتشدّد في أهلية الواهب ويتطلب أهلية التبرع^(١) وهي أقوى من أهلية التصرف ، لأنه يقوم بعمل ضار به ضرراً محضاً . وعلى التقبض من ذلك ينفذ القانون من أهلية الموهوب له ، فلا يشترط فيه حتى أهلية التصرف بل يكفي فيه التمييز ، لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً .

§ ١ - أهلية الواهب

٦١ - الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه : عديم التمييز غير أهل لأن يجب ، بل هو لا يستطيع التعاقد أصلاً ، إذ التعاقد يقوم على الإرادة ولا إرادة لعديم التمييز . ويدخل في ذلك الصبي غير المميز وهو من لم يبلغ

(١) وكان المشروع اتهمى فقهاء المذاهب الجدي ينص في المادة ٦٦٥ م.ع. على أنه

١ - يجب لصحة المبة أن يكون الواهب مالكا لمال الموهوب ، وأن يكون أهلا للتبرع .

٢ - وتصرى على المبة في مرض الموت أحكام الرصبة . . وقد حذف هذا النص في نسخة

المراجعة اكتفاءً بتطبيق القواعد العامة وبما جاء في باب أحكام الرصبة (مجموعة الأعمال

التفسيرية ٤ ص ٢٥٧ - ٢٥٨ في المالح).

السابعة من عمره (م ٢٥ / ٢ مدني) ، والمجنون والمعتوه^(١) ، فكل هبة تصدر من أحد من هؤلاء تكون باطلة ولا تلحقها الإجازة^(٢) .

٦٢ - **الصبي المميز والفقير وذو النقص** : وكذلك الصبي المميز - أيا كانت سنه ولو زاد على الثامنة عشرة وكان مأذوناً له في التجارة - غير أهل لأن يجب . فهو لا يملك أهلية التبرع أصلاً ، وإن كان يملك أهلية التعاقد وأهلية التصرف في حدود رسمها القانون ، وقد سبق أن بينها عند الكلام في الأهلية بوجه عام . والمبة التي تصدر من الصبي المميز باطلة ، فلا ترد عليها . الإجازة ، سواء صدرت هذه الإجازة من الولي أو الوصي لو القيم أو صدرت من المحكمة .

وكذلك السفينة وذو النقلة المحجور عليهما لا يملكان أن يبا أموالهما ، والمبة التي تصدر منهما تكون باطلة ولو أذن القيم أو أذنت المحكمة . ذلك أن السفينة وذو النقلة لا يملكان أهلية التبرع إلا في الوقف والوصية إذا أذنت المحكمة فيهما (م ١١٦ / ١ مدني) ، أما المبة فلا يملكانها ولو بإذن القيم أو المحكمة كما قلنا . أما المبات الصادرة منهما قبل تسجيل قرار الحجر ، فهي في الأصل صحيحة ، ولا يسرى قرار الحجر في حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار . لكن يقع كثيراً أن السفينة أو ذا النقلة يتوقع الحجر عليه ، فيتصرف في ماله قبل الحجر متواطئاً مع من تصرف إليه ،

(١) وقد نصت المادة ١١٤ مدني على أنه : ١٥ - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف منه تسجيل قرار الحجر . ٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً إلا إذا كلفت حالة المجنون أو المعتوه ثلثة دقات الصاعده ، أركان الطرف الآخر على بيته منها .

(٢) وانظر في أن تقدم السن قد يعم التمييز فتكون المبة باطلة : نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٥٢ بمسوعة أحكام النقض ٨ رقم ٢١ ص ٢٤١ . وانظر في إثبات انعدام التمييز : استئناف مخطوط ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٢٧ - ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٤ .

أو ينتهر الذي هذه الفرصة فستصدرو منه تصرفات يستفله بها ويبرز أمواله ،
ففي هاتين الحالتين - التواطؤ والاستغلال - يكون التصرف باطلاً إذا
كان من أعمال التبرع ، وقابلاً للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو
أعمال الإدارة . وفي هذا الصدد تنص المادة ٢/١١٥ مدني على ما يأتي :
« أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً أو
قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ^(١) » .

٦٣ - ولاية الولي والوصي والقيم في هبة مال المحجور : وسواء

كان الشخص عديم التمييز أو ناقصه ، أي سواء كان صبياً غير مميز أو
مجنوناً أو معتوهاً أو صبياً مميزاً أو سفهاً أو ذا غفلة ، فإن الولي أو الوصي
أو القيم لا يملك أحد منهم أن يهب مال المحجور ولو بإذن المحكمة . ويستثنى
من ذلك أمران : (١) ما نصت عليه المادة ٥ والمادة ٣٨ من قانون
الولاية على المال من أنه ليس للولي أو للوصي التبرع بمال القاصر إلا لأفواه
واجب إنساني أو عائلي وإذن المحكمة^(٢) . (٢) ما نصت عليه المادة ٣٩
من قانون الولاية على المال من أن الوصي أو القيم يجوز له مباشرة
التصرفات الآتية بإذن المحكمة : التنازل عن الحقوق والدعوى ، وقبول
الأحكام القابلة للطعن بالطرق العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد
رفضها ، والتنازل عن التأمينات واضعافها^(٣) .

٦٤ - البالغ الرشيد : فإذا بلغ الإنسان رشيداً - ومن الرشد

-
- (١) نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ بموجبة أحكام التضييق رقم ٢٢ من ٢٥٧
(٢) وهذا ما لم يكن المال الموهوب قد آل إلى القاصر بطريق تبرع من أبيه ، صراحة
كان التبرع أو ستره ، فلا يلزم الأب في هذه الحالة بطلب سحب من هذا القاصد (م ١٣
من قانون الولاية على المال) .
(٣) وإذا كان الولي هو الجدة ، فلا يجوز له بغير إذن المحكمة التنازل عن التأمينات
لصالح دين القاصر أو اضعافها (م ١٥ من قانون الولاية على المال) .

إحدى وعشرون سنة - توافرت فيه أهلية التبرع ، ويستطيع عندئذ أن يهب . ولا أحد للمال الذي يستطيع أن يهبه ، فله أن يهب بعض ماله أو كل المال لمن يشاء ، وارثاً كان الموهوب له أو غير وارث^(١) . فليس هناك نصاب للهبة^(٢) ، كما وجد الثلث نصيباً للوصية ، وذلك ما لم تكن الهبة قد صدرت منه وهو في مرض موته فيكون لها عندئذ حكم الوصية ولا تجوز إلا في الثلث للوارث ولغير الوارث .

أما إذا وهب البالغ الرشيد في صحته ولو كل ماله ، فإن الهبة تكون صحيحة^(٣) . ولا يوجد في القانون المصري - كما يوجد في القانون الفرنسي - حق للورثة في إنقاص الهبة (droit de réduction) إلى نصاب الوصية بعد موت الوارث . وإذا كانت الهبة لوارث ، لم يكن للورثة - كما لم في القانون الفرنسي - أن يستردوا المال الموهوب للتركة (droit de rapport) ليقسموه جميعاً مع الموهوب له كل بقدر حصته في التركة .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الهبة الصادرة من المورث في حال صحته لأحد ورثته تكون صحيحة بمرورها عن نطق التحايل على قواعد الإرث ولعدم مساسها بالنظام العام (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الترسية ٤٨ رقم ١٢٢/٢) .

(٢) أما تقنين الموجبات والنفود البناني فقد نصت المادة ٥١٢ من حل أنه « لا يصح أن تتجاوز الهبات حد النصاب الذي يحق لوارث أن يتصرف فيه » . ونصت المادة ٥٣١ من حل « أن الهبة التي تتجاوز - طبقاً لما نص عليه في المادة ٥١٢ - حد النصاب المعين بالنسبة إلى قيمة الأبرال لا يتركها الوارث عند وفاته ، يجب أن يتخفف منها كل ما تتجاوز ذلك النصاب . حل أن التخفيض لا يطل مفاعيل الهبة ، ولا سبابة الوارث لها في مدة حياته » . ونصت للمادة ٥٣٢ من حل أنه « إذا منحت هبتان أو عدة هبات وتطرأ أحداثها تماماً بدون تجاوز حد حد النصاب ، فالحبات الأحدث هبة لا تطل أو تخفف بقدر تجاوزها حد النصاب » .

وطه التصوص مشقة بأحكام التقنين المذكور .

(٣) نقض ملف ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ مجوعة عمر ٢ رقم ١٣٤ من ٤٠٧ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجوعة عمر ٥ رقم ٣٥٥ من ٦٨٦ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجوعة عمر ٥ رقم ٤٠٦ من ٧٥٧ - استئناف مخطوط ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ من ١٤ - ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٦٧ .

والزوجة البالغة الرشيدة في حالة مصتها أن تنهب مالها كله أو بعضه لمن تشاء ، دون إذن زوجها . أما في القانون الفرنسي ، فلا يجوز هبة الزوجة إلا بإذن الزوج^(١) .

والغالب يملك وكيله من الولاية على ماله ما يملكه الوصي ، فيجوز لهذا الوكيل بإذن المحكمة مباشرة التصرعات التي يجوز للوصي أن يباشرها بإذن المحكمة ، وهي الواردة في المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال وسبق ذكرها في الكلام على ولاية الوصي .

وإذا كان البالغ الرشيد محكوماً عليه بقوية جنائية ، تولى القيم إدارة ماله ، أما أعمال التصرف والتبرع فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

وإذا كان البالغ الرشيد أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك . ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تفررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونته المساعد ، إذا صدر هذا التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة . وهذه التصرفات هي المذكورة في المادة ٣٩ من قانون

(١) ذهب اليث بن سعد إلى أن تبرعات الزوجة - ومنها هبتها - موقوفه على إذن زوجها لإرجائته إلا ما كان تافهاً حقيراً . وحججه في ذلك ما رواه أحد والسنن وأبو داود عن عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يجوز لامرأة حيلة إلا بإذن زوجها له . وحجته : لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها مصتها . فأخذ اليث من هذا أنه لا يجوز لزوجته أن تسلي حيلة من مالها حطناً بغير إذن زوجها ، لكنه استثنى الشيء البتله لغيره التماسح به . وقال طائفة ومالك إنه يجوز لها أن تسلي من مالها بغير إذنه إلى الثلث ، ودليله أيضاً هذا الحديث ، لكنه لما رأى الجمهور من الفقهاء بأن الزوجة أن تصرف في مالها كيف تشاء وليس لزوج أن يمنعها من ذلك كما وردت تلك أحاديث كثيرة تمنع ما تقدم ، حل تلك الأحاديث على جواز هبة الشيء البسيط بدون إذن الزوج ، وقدره إلى الثلث قبل على الفرية (تأليف أحد إمامي في الزام المبرعات مجلة القانون والإقتصاد ٢ ص : ١٢٠) .

طريدة مفردة ، ويصحان للحمل المستكن^(١) .

٦٦ - الموهوب له صبي غير مميز أو مجنونه أو معتوه : قلنا أن الموهوب له يكنى فيه التمييز ليكون أهلاً لقبول الهبة . فإذا كان عديم التمييز ، بأن كان صبياً غير مميز أو مجنوناً أو معتوها ، لم يكن أهلاً لقبول نفسه ، ولكن يقبلها عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه ، وإذا كانت الهبة الهبة لا تتم إلا بالقبض قبضها عنه ، وكل ذلك دون حاجة إلى إذن المحكمة . وتنص المادة ٤٨٧ من القانون المدني في هذا الصدد على ما يأتي :

١٥ - لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه : ٢ - فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ، تاب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب^(٢) .

(١) ويجوز تمييز وصي مختار الجنتين في حالة الوصية له (م ٢٨ م ٢٩ من قانون الولاية على المال) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٦٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر عليه في القانون المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٤ من المشروع الثاني ، ثم مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٧ (بمسودة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧) .

ولا مقابل لنص في القانون المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص . ومقابل النص في القوانين المدنية العربية الأخرى : في القانون المدني السوري م ٤٥٥ (مطابق) . وفي القانون المدني الليبي م ٤٧٦ (مطابق) - وفي القانون المدني العراقي م ٦٠٤ - ملك الصغير المال الذي وجبه إياه وليه أو من هو في حجره بمجرد إيجاب الوصية ما دام المال في يده أو كان وديعة أو هدية عنه غيره ولا يحتاج إلى قبض . م ٦٠٥ - وإذا وجبه شيء لصغير غير مميز ، قام مقامه وليه أو من هو في حجره . م ٦٠٨ - يشترط أن يكون الوصية حلالاً بالمال أهلاً للبرع ، فإن كان كذلك ، جاز له أن يهب في حال صحه ماله كله أو بعضه إن يملكه ، سواء كان أصلاً له أو فرعاً أو قريباً أو أجنبياً عنه ولو مخالفاً لهذه . (وأحكام القانون العراقي كالفق مع أحكام القانون المصري) . وفي قانون اللوجيات والقواعد البنكي م ٥١٥ - كل شخص يستطيع التصرف والتصرف في ملكه يمكنه أن يهب . ولا يجوز القول أن يحصر هذا في الأموال غير إدارتها . م ٥١٦ - كل شخص يصرح القانون تصريحاً عاماً يحتم عليه التبرع للبلدية .

ونرى من ذلك أن الولي أو الوصي أو القيم ينوب عن المحجور في قبول
المبة وفي قبضها ، حتى لو كان هو الواهب ، فيكون تعاقده الشخص مع
نفسه جائزاً في هذه الحالة ينص صريح في القانون^(١) .

وإذا كانت المبة مقترنة بشرط أو محملة بالالتزامات معينة على
الموهب له ، لم يميز الولي قبولها عن الصغير إلا بإذن المحكمة (م ١٢ من

— أن يقبلها . ويحرم أهلية القبول حرجاً نسبياً : أولاً - الوصي بالنسبة إلى الوصي عليه .
ثانياً - القليل في مدة مرض الموت إذا لم يكن من أقرباء المريض . م ٥١٧ - الأشخاص الذين
لا يستطيعون التصديق لا يمكنهم قبول حيات مقيدة بشرط أو بتكليف ، إلا بعد ترخيص القين -
يظنونهم شرعاً . م ٥١٨ - المبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص
الذين يظنونهم .. م ٥١٩ - المبات التي تمنح لأشخاص ينص القانون على عدم أهليتهم لقبولها منه
باطلة وإن جرت تحت ظهير حقه آخر أو على يد شخص مستشار . م ٥١٩ - يجب على الموهوب
له أن يقبل المبة بنفسه أو بواسطة شخص آخر حاصل على وكالة خاصة أو وكالة عامة كاتبة
(كاتب والألم والوصي) . وإلا كان القبول باطلاً . (وهناك فرقان بين أحكام التصديق
البلغي وأحكام القنين المصري : (١) الحرمان التام من قبول المبة الوصي والقليل ..
(٢) جواز المبة الجنين) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لو وهب الأب لطفه شيئاً في يده أو عنه مستودعه
أو صغيره ، تم المبة بمجرد قوله وحيث ، ولا حاجة لقبول تمام المبة ، لأن المال لما كان
في قبض الأب نال من قبض الصغير . فإذا اجتبر الحكم ، بناء على أسباب مسوقة ،
أن إقرار المورث بأنه مدين بقيمة المدة موضوع الدعوى لولديه القاصرين هو إقرار من جانبه
بشأن إعطائهما بأمانة من حال في قبض ، وبه تم أهلية القاصرين بتغير حاجة إلى قبول من وصوه
يقام طليماً ليسلم المدة ، فإنه لا يكون له خطأ (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة
أحكام النقض ١ رقم ٧١ ص ٢٦٩ - ويؤخذ على هذا الحكم أنه يتكلم عن القبط في حبة سترت
تم دون حاجة إلى قبض أولئك ورقة رسمية ، ولكن الحكم يصيب في أن المبة هنا ليست في حاجة
إلى قبول الصغيرين) . ونظراً في أن ولي القاصر ولو كان هو الواهب يقبل المبة نيابة عنه :
استئناف مدني ٣١ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٠٠ - ٧ فبراير سنة ١٩٢١ الحضانة ١
رقم ٨٧ ص ٤٥٥ - حصر الكلية لروحية ٤٩ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٢ ص ١١٠ -
استئناف مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٨ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢
ص ٢٢١ - وفلان استئناف مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٥ ص ٢٢٧ .

قانون الولاية على المال^(١) ، وكذلك لم يميز للوصى أو القيم قبولها أو رفضها إلا بإذن المحكمة (م ٣٩ من قانون الولاية على المال) .

ويموز أن يشترط المتبرع للصغير ألا يدخل مال التبرع في الولاية (م ٣ من قانون الولاية على المال) ، فتقيم المحكمة في هذه الحالة وصياً خاصاً تحدد مهمته (م ٣١ من قانون الولاية على المال) . كما يجوز للمتبرع نفسه أن يقيم وصياً مختاراً ، على أن تعرض الوصاية على المحكمة لتبنيها (م ٢٨ من قانون الولاية على المال) . والأصل أن الولي لا يحاسب على تصرفاته ، ولكنه استثناء يحاسب على ربح المال الذي وهب للقاصر لغرضه معين كالتعلم أو القيام بحرفة أو مهنة (م ٢٥ من قانون الولاية على المال) . وظاهر أن هذه الأحكام قد فرضها القانون لمصلحة الصغير .

٦٧ - الموهوب له صبي مميز أو صغير أو ذو نقص : فإذا كان الموهوب له قادراً على التمييز ، بأن كان صبيّاً مميزاً أو صغيراً أو ذا غفلة ، فقد استوفى بالتمييز أهليته لقبول الهبة . وجاز له أن يقبلها وحده ، وأن يقبضها ، دون إذن الولي أو الوصي أو القيم ودون إذن المحكمة ، لأنها نافعة له نفعاً محضاً . فإذا كانت مقترنة بشروط أو التزامات ، فإن قبولها لا يكون إلا بإذن المحكمة على التفصيل الذي أوردناه في عديم التمييز . وغنى عن البيان أن الولي أو الوصي أو القيم يستطيع كل منهم أن يقبل الهبة وأن يقبضها عن المحجور ، وفقاً لما ذكرناه عند الكلام في عديم التمييز^(٢) .

(١) يجوز إذن رفضها بغير إذن المحكمة (انظر الأستاذ أكرم المولى ص ١٠٤ حاشية رقم ٢) .

(٢) وإذا وهب لزوجته الصغيرة هبة ، فزوجها أن يقبضها نيابة عنها إذا كانت قد زفت إليه ولو كان أبوها حاضراً ، وكذا لأبها حق القبض إذا لم تكن الولاية عليها ، وكذا لما أنه تقبضها إذا كانت مميزة (انظر م ١١٣ وم ١١٤ من قانون الأحوال الشخصية لقدري بلش) وانظر الأستاذ أحمد إبراهيم في التزامات تبرعات مجلة القانون والاقتصاد ص ٦٢٢) .

٦٨ - **البائع هرسيد** : أما البالغ الرشيد فله أهلية قبول الهبة دون إذن من أحد^(١) ، حتى لو كانت مقترنة بشروط أو التزامات .
وإذا كان غائباً قبلها عنه وكيله ، أو محكوماً عليه بقوبة جنائية قبلها عنه القيم ، أو ذا عاهتين من العاهات التي تقدم ذكرها قبلها بمعاونة المساعد القضائي : فإذا كانت مقترنة بشروط أو التزامات ، وجب أيضاً إذن المحكمة^(٢) .

المطلب الثاني

عيوب الرضاء في عقد الهبة

٦٩ - **نظير القواعد العامة** : عيوب الرضاء في عقد الهبة هي عيوبه

- (١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الزاهب قد قبل الهبة التي صدرت منه لأحد أولاده بصفته ولياً عليه ، مع أن الموهوب له كان في وقت القبول بالغاً من الرشد ، وتمسك الموهوب له أمام محكمة الموضوع بأن عقد الهبة قد تنقذ وتسلم الشيء الموهوب ووضع اليد عليه وانتفع به بإقرار ورضاء جميع الورثة ، وطلب الإحالة على التحقيق لإثبات ذلك . فأبطل الحكم الهبة لبطان قبولها ، ولم تأبه المحكمة هذا الدفاع وأغفلت التعرض له مع أنه دفاع جوهرى يجعل معه - فيما لو ثبت - أن يتغير وجه الحكم في الدعوى ، فإن ذلك يعتبر تصوراً في التسمييب يجب الحكم (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٩٢ ص ٨٢٨) .
- (٢) أما قبول الأشخاص المنوبة إليهم قضاء في القواعد الخاصة بها . من ذلك ما نصت عليه المادة ٥٧ مدني (قبل إلغائها) بالنسبة إلى الجمعيات : ١٥ - لا يجوز أن تكون الجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات إلا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله . ٢ - ولا يبرى هذا الحكم على الجمعيات التي لا يقصد منها غير تحقيق غرض عبرى أو تعليمي ، أو لا يبراد بها إلا القيام ببحوث علمية . وتنص المادة ٧٩ مدني (قبل إلغائها) على أن : ١٥ - الجمعيات التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة والوسائل يجوز ، بناء على طلبها ، أن تعتبر هيئة تقوم بمصلحة عامة ، وذلك بمرسوم يصدر بأمراد نظامها . ٢ - ويجوز أن ينص في هذا المرسوم على استثناء الجمعية من قيود الأهلية المنصوص عليها في المادة ٥٧ . ٣ - ويجوز أن يفرض المرسوم اتخاذ إجراءات خاصة للرقابة كتحسين مدير أو أكثر من اللجنة الحكومية أو انشاء لى إداره آخر يبرى لازماً . وتنص المادة ٤٠ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ على تحريم المبرج للفركات الخاصة .

في أي عقد آخر ، فيجب إرادة المتعاقدين - إرادة الواهب بوجه خاص - أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . فإذا شاب الإرادة حيب من هذه العيوب ، كانت المبة قابلة للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب . وفي الاستغلال تكون المبة قابلة للإبطال أو للإتقاص وفقاً لقواعد المقررة في الاستغلال ، وقد سبق تفصيلها في الجزء الأول من الوسيط .

ونستعرض هذه العيوب مطبقة على عقد المبة استعراضاً سريعاً ، إذ لا جديد يقال فيها أكثر مما قيل في النظرية العامة للعقد .

٧٠ - **الغلط في عقد المبة** : حتى يجعل الغلط المبة قابلة للإبطال ، يجب أن يكون غلطاً جوهرياً . ويلاحظ بوجه عام أن معيار الغلط الجوهري في المبة أخف من معياره في البيع ، لأن المبة عقد تبرع فجسامة الغلط فيها قد لا يرق إلى جسامة في عقد البيع^(١) . وأكثر ما يقع الغلط من الواهب ، لأن الموهوب له لا يلتزم بشيء ، وهنا ما لم تكن المبة بعوض . ويقع الواهب في غلط جوهري إما في الشيء الموهوب ، وإما في شخص الموهوب له ، وإما في القيمة ، وإما في الباعث .

ومثل الغلط الجوهري في الشيء الموهوب أن يهب شخص آخر أرضاً زواجية ، ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض بناء . فإذا كان الغلط مشتركاً بين الواهب والموهوب له أو كان الموهوب له يعلم أنه يستطيع أن يعلم بغلط الواهب ، كانت المبة قابلة للإبطال بناء على طلب الواهب . فيجوز للراغب في هذه الحالة أن يطلب إبطال المبة للغلط في الشيء ، حتى لو لم يكن يستطيع الرجوع فيها لقيام مانع من موانع الرجوع ، فإن إبطال المبة غير الرجوع فيها .

ومثل الغلط الجوهرى فى شخص الموهوب له أن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به ، فيتضح أن الأمر غير ذلك . فإذا كان الغلط مشتركاً أو كان الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بخلط الوهاب ، جاز للواهب ، حتى لو قام مانع من الرجوع فى الهبة ، أن يطلب إبطال العقد للخلط . ويلاحظ أن شخصية الموهوب له فى عقد الهبة ذات اعتبار رئيسى فى التعاقد ، وتنفرد كثيراً فى الاعتبار شخصية المتعاقد فى عقود المعاوضة ، ولذلك يكون الغلط فى شخص الموهوب له أشد أثراً من الغلط فى شخص المشتري (١) .

ومثل الغلط الجوهرى فى قيمة المال الموهوب أن يهب شخص آخر أسهماً وهو يجهل أن سهماً منها قد ربح جائزة كبيرة . وتدل الظروف والملازمات فى هذه الحالة على أن الموهوب له إما أن يكون مشتركاً فى الغلط ، وإما أن يكون عالماً به أو مستطيعاً أن يعلمه . فيحق للواهب ، حتى لو لم يكن يملك الرجوع فى الهبة ، أن يطلب إبطال الغلط فيما يتعلق بالسهم الذى ربح الجائزة . على أنه يجوز للموهوب له فى هذه الحالة أن ينزل عن الجائزة ويستبقى السهم الموهوب ، وذلك تطبيقاً للمادة ١٢٤ مدق وهى تنص على أنه ١٥ - ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد (٢) .

ومثل الغلط الجوهرى فى الباعث الذى دفع الواهب إلى الهبة أن يهب

(١) على أنه يجب أن يتكون الغلط فى شخصية الموهوب له أو فى سفة فيه غلطاً جوهرياً دفع إلى التعاقد ، وإلا كان الغلط غير مؤثر فى صحة الهبة . فإذا تبرع الابن لآبيه بإيراد مرقب طول حياة الأب على أن يستمر الإيراد بعد تنحيه مرتباً على حياة امرأة كانت تعاشر الأب بعد موت هذا ، وكان الابن يظن أن المرأة هى زوجة آبيه ، ثم تبين أنها ليست زوجة بل عميلة ، فإن هذا الغلط ليس جوهرياً ولا يكون من شأنه أن يفسد الهبة فالحق للإبطال (مكة الفاهرة الكلية المخطئة ١٤ يناير سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ رقم ٢٨ ص ٢٢) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٧٨ .

شخص آخر مالا وهو مريض ويعتقد أنه في مرض الموت ، ثم يثنى من مرضه . فيجوز له ، ولو لم يكن يستطيع الرجوع في الهبة ، أن يطلب إبطالها للغلط في الباعث ، إذا كان الموهوب له مشتركاً معه في الغلط أو كان عالماً به أو يستطيع أن يعلمه . والباعث في الهبة له شأن أكبر مما له في المعاوضات ، فيجب أن يكون باعثاً مشروعاً وإلا بطلت الهبة لعدم مشروعية السبب كما سنرى ، ويجب أن يكون غير مغلوط وإلا كانت الهبة قابلة للإبطال كما رأينا .

والغلط في القانون كالغلط في الواقع يجعل الهبة قابلة للإبطال ، وفقاً للقواعد المقررة في نظرية الغلط^(١) .

٧١ - التأسيس في هبة الهبة : ويجوز طلب إبطال الهبة للتدليس طبقاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد . وأكثر ما يقع التدليس على الواهب ، ويقع من الموهوب له أو باشتراكه مع أجنبي . فإذا كان التدليس هو الذي دفع الواهب إلى هبة ماله ، جاز له طلب إبطال الهبة ، حتى لو لم يكن بمالك الرجوع فيها .

والتدليس أشد تأثيراً في الهبة منه في عقود المعاوضة ، فأى طريق من الطرق الاحتمالية يدفع الواهب إلى الهبة يمكن لإفساد رضائه ، حتى لو كان هذا الطريق مجرد الكذب أو محض الكتمان . فإذا أوفر الموهوب له صمد الواهب على ورثته بأكاذيب يختلفها ، فدفعه بذلك إلى أن يهب له شيئاً من ماله ليحرم منه الورثة ، كان هذا تدليساً يميز للواهب ، حتى لو لم يكن يستطيع الرجوع في الهبة ، أن يطلب إبطالها للتدليس . وكذلك إذا كتم الموهوب له عن الواهب أموراً لو علمها لما انتفع إلى الهبة ، كان هذا تدليساً يميز طلب إبطال الهبة .

وإذا صدر التدليس من غير الموهوب له ، فالواهب أن يطلب إبطال
المبة إذا كان الموهوب له يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا
التدليس (م ١٢٦ مدني)^(١) .

٧٢ - **الإكراه في ضرر الميراث** : والإكراه يفسد رضاء الواهب ،
ويجعل المبة قابلة للإبطال^(٢) . وأكثر ما يكون الإكراه في المبة عن طريق
التأثير في نفس الواهب بنفوذ أدبي يكون للموهوب له عليه ، فيؤثر في
إرادته ويحمله على التجرد من ماله لمصلحته . ويقع هذا عادة من الزوج على
الزوجة ، ومن رجل الدين على المتدين ، ومن الرئيس على المروءس^(٣) .

(١) ويبدو أن الواهب يستلج أيضاً أن يطلب إبطال المبة ، حتى لو كان الموهوب له
لا يعلم بالتدليس ولا يستلج أن يعلم به . ذلك أن المبة تبرع يجب أن تكون إرادة الواهب
فيه خالصة لا يشوبها عيب ، وإبطال المبة في هذه الحالة لا يستلج للموهوب له عسارة ، بل يقتصر
على تقويته كسباً (انظر في هذا المعنى ديمولوب في المبة ١ بقرة ٢٨٣ - لوران ١١ بقرة
١٢١ - بقرة ١٢٢ - بودرى وكولان ١٠ بقرة ٢٦٧) . ولم نقل مثل ذلك الفلج ، بل
لشترطنا اشتراك الموهوب له فيه أو علمه به أو استطاعته العلم ، لأن النطق أمر نفسي حق
لا تدل عليه علامة ظاهرة ، بخلاف التدليس فيجب أن تدل عليه علامة ظاهرة هي طرق الاحتيال
التي بدأ إليها المدلس .

(٢) حتى لو صدر الإكراه من الغير ، وحتى لو كان الموهوب له لا يعلم بالإكراه
ولا يستلج أن يعلم به ، لنفس الأسباب التي ذكرناها في التدليس الصادر من الغير ، لإرادة
الواهب يجب أن تكون خالصة خضرة ، وإذا شابها الإكراه وأبطلت المبة لم يحصل الموهوب
له عسارة وإنما قلته كسب . والإكراه علامة مادية ظاهرة تدل عليه ، كما هو الأمر في التدليس .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف أسبوت بأن المورثة التي تنقض ما أبهرته من تصرفات
سابقة بالبيع والوصية ، وتعتبر تجرداً يكاد يكون تاماً من غير مقابل لفائدة رئيس دعوى
استصل نفقده لإصداها عن أقاربها إباحاً تاماً ، وأحاطها بخصومها الأعداء ، وجعلها تنزل
من دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفضها عليهم ، وتنطى لأحجم توكيلاً عنها ، تدل
بهذه التصرفات والإجراءات المتتففة على أنها كانت ضعيفة الإرادة مسلوقة للرضاء واقعة
تحت تأثير الرئيس المتيقن الذي تسلط عليها تسلطاً جعلها تنقاد لإرادته ، وتصرف وفقاً لما عليه
عليها ، وتسير في الطريق الذي رسمها . فالوقفة التي تصدرها في هذه الظروف من أطماع

وكما أن النفوذ الأدبي إذا قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع يعد إكراها ، كذلك العطف والحنو إذا استغل لا يمتاز المال من الواهب يعد إكراها ، وفي هذه الحالة تطبق قواعد الاستهواء والتسلط على الإرادة والاستهواء (suggestion, captation et séduction) . والفرق بين النفوذ الأدبي من جهة والاستهواء والتسلط على الإرادة من جهة أخرى أن النفوذ الأدبي يفرض فيه أن شخصاً مقامه كبير في عين المتصرف ، كاتب أو رئيس أو معلم ، استعمل نفوذه الأدبي . أما الاستهواء والتسلط فلا يشترط فيهما أن الشخص المتسلط على إرادة الواهب له مقام كبير ، فقد يكون زوجة أو ولداً للواهب . ويحسن في التقنين المدني الجديد ، بعد أن لورد نصاً عاماً في نظرية الاستغلال ، إدماج نظرية الاستهواء والتسلط في نظرية الاستغلال واعتبارها نظرية واحدة^(١) . وننتقل الآن إلى الاستغلال في عقد الحب .

٧٣ - الاستغلال في عقد الحب : وأبرز صيوب الإرادة في عقد الحب هو الاستغلال ، فكثيراً ما يستغل الموهوب له في الواهب طيشاً يئناً أو هوى جاعاً . مثل ذلك أن يتزوج شيخ من فتاة ، فيقع تحت سلطانها وتستغل ضعفه وهواه ، وتستكتبه من الهبات المستترة لنفسها ولأولادها ما تشاء .

= سبق لما الإيصاء بها لبعض ألقابها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الذي نأظره وتفرض له التصرف في الميراث على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون قابلة للإبطال للإكراه (استئناف سيوط ٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحللة ٩ رقم ٤٧٧ ص ٨٦١) .

ويشبه هذا ما هو معروف في القانون الإنجليزي بالتأثير غير المشروع (Undue influence) وفيه يمس الشخص استغلال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبي عليه ، فهي وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين ، كاتب ولبن أو كطبيب ومريض أو كحام وعميله أو كرئيس ديني ورجل متدين ، واستغل الشخص للثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على إعطاء عقد ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال (بولوك في العقد ص ٦٤٨ - ص ٦٨٩ - كارثر في العقد ص ٨٥ - ص ٨٧) .

(١) الوسيط جزء أولي ص ٣٦٦ حش و رقم ١ .

وعلى العكس من ذلك قد تزوج امرأة ثرية من زوج شاب ، فيستلها حبيباً أرواحاً عن طريق الحب المسترة . وقد يلقي الطيش والزق بشاب ثرى فى أيدى بطانة من سوء ، يستغلون طيشه ويبتزون ماله . كل هذه أمثلة تدل على ما قد يكون للاستغلال من أثر كبير فى إرادة الواهب ، فيحبها .

وإذا تحقق الاستغلال على الوجه الذى بيناه ، كان للواهب ، حتى لو لم يكن له حق الرجوع فى المبة ، إحدى دعويين : دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص . فإذا اختار دعوى الإبطال ، جاز للقاضى أن يبيحه إلى طلبه فيبطل المبة إذا رأى أن الواهب لم يكن ليهب أصلاً لولا هذا الاستغلال . أما إذا رأى أن الاستغلال لم يفسد إرادة الواهب إلى هنا الحد ، وأن الواهب كان يهب دون استغلال بعض المال الموهوب ، اقتصر على إنقاص المبة إلى هذا القدر . ويجوز للموهوب له أن يعرض من تلقاء نفسه إنقاص المبة على هذا النحو ، فيتوفى بذلك بإبطال المبة كلها . وإذا اختار الواهب دعوى الإنقاص منذ البداية ، لم يميز للقاضى أن يبطل المبة ، وإلا اعتبر أنه قد قضى الخصم بأكثر مما يطلب ، واقتصر على إنقاص المبة إلى الحد الذى ينضى منه أثر الاستغلال .

الفرع الثانى

المحل فى عقد المبة

٧٤ - **الشيء الموهوب والمعرض** : الأصل فى المبة أن تكون عقداً ملزماً لجانب واحد هو جانب الواهب ، فيلتزم وحده وعمل التزامه هو الشيء الموهوب . ولكن يجوز أن يشترط الواهب فى المبة عرضاً أو التزامات أخرى فى جانب الموهوب ، فتكون المبة كالبيع ملزمة للجانبيين ، ويكون محل التزام الموهوب له هو هذا العرض المشروط .

فالمبة إذن يكون لها دائماً محل هو الشيء الموهوب ، وقد يكون لها محل آخر هو العرض . فتستعرض في إيجاز كلا من المبلين : الشيء الموهوب والعرض .

المبحث الأول

الشيء الموهوب

٧٥ - تطبيق القواعد العامة : يسرى على الشيء الموهوب ما يسرى على محل العقد بوجه عام . فيجب أن يكون موجوداً ، معيناً أو قابلاً للتعين ، صالحاً للتعامل فيه^(١) ، مملوكاً للواهب^(٢) .

ووجود الشيء الموهوب تسرى فيه القواعد العامة ، إلا أنه خلافاً لهذه القواعد لا تجوز هبة الأموال غير الموجودة وقت المبة ، فهبة الأموال المستقبلية باطلة .

وكون الشيء الموهوب معيناً أو قابلاً للتعين تسرى فيه أيضاً القواعد العامة .

كل ذلك كون الشيء الموهوب صالحاً للتعامل فيه ، وبخاصة غير مخالف للنظام العام أو الآداب ، تسرى فيه القواعد العامة ، فلا جديد في خصوص المبة .

(١) وتصح هبة جميع أنواع الأموال والحقوق البنية التي عليها ، كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق . وقد نصت المادة ٥١٤ من قانون المبيعات والقواعد المبني في هذا الصدد على أنه « يجوز الواهب أن يهب رتبة الملك لشخص وحق استئجاره لشخص أو عدة أشخاص آخرين ، كما يمكنه أن يحفظ لنفسه حق الاستئجار » . ولا تجوز هبة المبادر لأنها تصبح وفقاً لمبدأها (مبرر استئجار ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ١٥٨) .

(٢) وقد نصت المادة ٦٦٥ من المرسوم التمهيدى لقانون المبيعات الجديد في الفقرة الأولى منها على أنه « يجب لصحة المبة أن يكون الواهب مالكاً لقال الموهوب ، وأن يكون أهلاً للهب » . وقد حلت هذه المادة في لجنة المراجعة اكتشافه بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ في الملحق) .

لما أن الواجب يجب أن يكون مالكا لشيء الموهوب ، فيضرب عنه ، كما تضرع في البيع ، الكلام فيما يأتي : هبة ملك الغير ، وهبة المال الشائع ، وهبة المريض مرض الموت .

فتستعرض إذن في إيجاز المسائل الأربع الآتية : (١) هبة الأموال المستقبلية (٢) هبة ملك الغير (٣) هبة المال الشائع (٤) هبة المريض مرض الموت .

المطلب الأول

هبة الأموال المستقبلية

٧٦ - التصوص القانوني : تنص المادة ٤٩٢ من القانون المدني على ما يأتي :

« تقع هبة الأموال المستقبلية باطلّة »^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني السابق ، ولكن الحكم كان

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٦٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « تقع هبة الأموال المستقبلية باطلّة ، إلا إذا وردت على شيء معين بالذات لمهرى عليها نص المادة ٦٢٢ وما يليها » . ووافقت لجنة المراجعة على هذا النص تحت رقم ٥١٩ من المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حلفت العبارة الأخيرة . وقد جاء في تقرير اللجنة تعليلا لهذا الخلاف ما يأتي : « لأن المال المستقبل هو مال غير موجود وقت الهبة وسيوجد بعدها ، أما المال الموجود وقت الهبة فلو كانا لغير الواجب فالحال فيه هي هبة ملك الغير لا هبة المال المستقبل . وعلى أساس هذا التمييز ما بين هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير لم يذهب هناك عمل للاستثناء الوارد في هذه المادة ، لأن الهبة التي ترد على شيء معين بالذات غير ملوك الواجب لا يمكن أن تكون هبة مال مستقبل ، بل تنسحب هبة ملك الغير وحكمها الوارد في المادة ٥١٨ ، فلا يبقى لإبرامها ثاقبة في المادة ٥١٩ على صورة استثناء ، لأن ملك الغير لا يدخل في المال المستقبل ثم يصح استثناءه عنه » . ووافق مجلس النواب على المادة كما أقرتها لجنة ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٢ (مجموعة الأعمال التصحيحية ٤ ص ٢٥٧ وص ٢٦٢ - ص ٢٦٢) :

معمولا به دون نص ، أخذا بالقواعد الموضوعية الهية في الفقه الإسلامي^(١) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٦٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٨١ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٦٠٩ / ١ - وفي تقنين الموجبات والقود اللبناني المادة ٥١٣^(٢) .

٧٧ - الأصل جواز التعامل في المال المستقبل : قدمنا في النظرية العامة للعقد^(٣) أنه يجوز التعامل في المال المستقبل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدني صراحة على ذلك إذ تقول : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا » . فيجوز بيع المحصولات المستقبلة قبل أن تثبت ، ويجوز أن يبيع شخص من آخر منزلا لم يبدأ ببنائه على أن تنقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء ، ويجوز أن يبيع شخص نتاج ماشية قبل وجودها ، وكثيرا ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قفرا معيناً من مصنوعاته

(١) ومع ذلك فإن استئناف مخطط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٦٥ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٤٦٠ (مطابقة) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨١ : تقع حبة الأموال المستقبلة بالحق ، ما عدا حبة الثمر التي لم تكن بعد . (وحذا مواضع حكم التقنين المصري ، لأن الثمر التي تثبت ولم تكن تعتبر مالا موجوداً في الحال لا مالا مستقبلا) .

التقنين المدني العراقي م ١/٦٠٩ : يشترط وجود الموهوب وقت الحبة ، ويلزم أن يكون شيئاً ملوكاً لقواب . (والحكم مطبق مع حكم التقنين المصري - انظر الاستاذ حسن القلوبي فقرة ١٩ - فقرة ٢٢) .

تقنين الموجبات والقود اللبناني م ٥١٣ : لا يجوز في حال من الأحوال أن تفعل الحبة أموال الواجب المستقبلة ، أي الأموال التي لا يكون له حق التصرف فيها وقت الحبة . (ويظهر أن النص يتناول حبة المال المستقبل وعية ملك الغير) .

(٣) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٢١٦ .

هون أن يكون قد بدأ صنعها ، وأن يبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يبدأ كتابته ، وأن ينزل مقلول عن الأجر في مقالة لم ترس عليه بعد .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل في تحريم التعامل في الركة المستقبلية (م ١٣١ / ٢ مدني) ، وفي رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ١٠٣٣ / ٢ مدني) ، وأرهناً حيازياً (م ١٠٩٨) . وهو هنا يحرم هبة المال المستقبل (م ٤٩٢ مدني الساقفة الذكر) .

٧٨ - بطوره هبة المال المستقبل : وهنا يجب التمييز بين المال الحاضر والمال المستقبل ، إذ أن هبة المال الحاضر جائزة بخلاف هبة المال المستقبل فهي باطلة .

إذا وهب شخص شيئاً غير معين بالذات ، كالة أردب من القمح ، فهنا مال حاضر وتصح هبته ، لأن الهبة هنا تم عن طريق التزام الواهب بحق شخص يريته في ذمته ، وقد رأينا أن الهبة على هذا النحو جائزة . ويضرح على ذلك أنه يجوز أن يهب شخص آخر مبلغاً من النقود عن طريق التزامه بهذا المبلغ ، بل يجوز في هذه الحالة أن يحدد موت الواهب أجلاً للمبلغ للنقود ، فما دام الالتزام قد انعقد وأصبح مترتباً في ذمة الواهب فلهبة جائزة ، وليس الموت إلا أجلاً غير محقق يوفى عنه الالتزام ، فالالتزام ذاته محقق والأجل هو غير المحقق^(١) . وإذا وهب شخص شيئاً مملوكاً له تحت شرط فاسخ ، فهذه هبة مال حاضر ، وهي هبة جائزة . ويملك الموهوب له الشيء مطلقاً على هذا الشرط ، فإذا تحقق الشرط زالت ملكية الواهب ،

(١) انظر في هذا المسأله لوبري ورو وإسبان ١٠ ققرة ٦٢٢ ملش رقم ٥ - بلانيرول وروبير وترانسبر ٥ ققرة ٤٤٢ - ميدان ٦ ققرة ٣٥ - بلانيرول وروبير وبولانجه ٣ ققرة ٣٥٧٣ - كولان وكايتان ودي نيور أنديير ٣ ققرة ١٦٥٣ .

ومن ثم ترول ملكية الموهوب له تبعاً لزوال ملكية الواهب . أما إذا تخلف الشرط ، فقد أصبحت ملكية الواهب بائة ، وأصبحت بائة كذلك ملكية الموهوب . كذلك إذا وهب شخص شيئاً مملوكاً له تحت شرط واقف ، فإنه يكون قد وهب حقه المعلق على هذا الشرط وهو مال حاضر ، فتكون الهبة جائزة . ويملك الموهوب له الشيء مطلقاً على الشرط الواقف ، فإذا تحقّق الشرط نفذت ملكيته ، وإذا تخلف بطلت الملكية .

أما المال المستقبل فهو المال غير الموجود وقت الهبة . ومن ثم لا تصح هبة محصولات لم تنبت ، أو منزل لم يتم بناؤه ، أو ربح أسهم أو سندات لم تحل^(١) . كذلك هبة الثروة المستقبلية لا تجوز ، لا تطبيقاً للمادة ٤٩٢ مدني فحسب ، بل أيضاً تطبيقاً لنص أعم يحرم التعامل إطلاقاً ، بالهبة أو بغيرها ، في الثروة المستقبلية (م ١٣١ / ٢ مدني) .

وهبة المال المستقبل باطلة بطلاناً مطلقاً ، لا تلحقها الإجازة ، ولا يرد عليها التقادم ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه . والسبب في ذلك يرجع إلى ما تنطوي عليه هبة المال المستقبل من خطر ، فإن الواهب يندفع إلى هبة مال مستقبل أكثر مما يندفع إلى هبة مال حاضر ، فأراد المشرع أن يحمي من هذا الاندفاع بإبطال هبته^(٢) .

(١) وإن كان الفقه الفرنسي يتوسع في تفسير معنى المال الحاضر ، فيجبر الهبة في هذه الأحوال هبة مال حاضر ويميزها ، لأن المال الموهوب وإن كان لم يوجد إلا أن الواهب يملكه بمجرد وجوده فهو على حكم ملكه (انظر في هذا المعنى أوبري ورو وإسبان ١٠ ققرة ٦٧٥ ص ٦٢٢ - وانظر المادة ٩٤٣ مدني فرنسي وتحرم هي أيضاً هبة المال المستقبل) .

(٢) هذا والمذكرة الإيضاحية المشروع التمهيد تشير إلى أن بطلان هبة المال المستقبل تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في مبدأها العام الذي يقضي بعدم جواز التعامل في المعلوم ، ولكن قصر التطبيق هنا على الهبة دون المعاملات حيث أجاز التعامل في الشيء المستقبل لإزالة

وإذا وهب الشخص مالا حاضراً ومالا مستقبلاً في وقت واحد لشخص واحد ، وكانت الهبة قابلة للتجزئة ، صحت في المال الحاضر وبطلت في المال المستقبل ، طبقاً للقواعد المقررة في إتقاص العقد ، ووفقاً للمادة ١٤٣ مدني إذ تقول : « إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله ^(١) » .

٧٩ - التمييز بين المال المستقبل وملك الغير : ولما كانت هبة المال المستقبل باطلة كما رأينا ، وكانت هبة ملك الغير قابلة للإبطال كما سئرى ، فاختلف الحكم في الحالتين : وجب التمييز بين المال المستقبل وملك الغير حتى يجعل لكل حالة حكمها ^(٢) .

المال المستقبل هو مال غير موجود وقت الهبة ، ولكنه يوجد في

= الموائع عن التعامل المادي (مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٦٠) - انظر الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٣٤ - وقارن الأستاذ أكثم الخولي فقرة ٧٢ .

هذا ويجوز تحول هبة المال المستقبل الباطلة إلى وعد بالهبة ملزم ، يجوز الرجوع فيه كما يجوز الرجوع في الهبة (الأستاذ أكثم الخولي فقرة ٧٢) .

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورو وإسبان ١٠ فقرة ١٧٥ ص ٦٢٤ - فلذا باع شخص لآخر داره وما فيها من أثاث وما سيوجد من الأثاث إلى يوم موته ، وتبين أن العقد هبة مستترة في صورة بيع وأنها تقع على مال حاضر ومال مستقبل ، صحت الهبة في المال الحاضر وهو الدار وما يوجد فيها وقت الهبة من الأثاث ، وبطلت في المال المستقبل وهو الأثاث الذي سيوجد فيما بعد إلى يوم موت الواهب (أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ١١٧) .

(٢) وسرى أن الفقه الإسلامي والتفتين المراق والتفتين البناي لا يميز بين هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير ، في الحالتين الهبة باطلة بطلاناً مطلقاً . وكذلك فعل التفتين الفرنسي ، ففيه هبة ملك الغير باطلة بطلاناً مطلقاً كهبة المال المستقبل ، ويستخلص بطلان هبة ملك الغير من نص المادة ٨٩٤ مدني فرنسي وهي توجب أن يتجرد الواهب في الحال وبطريق لا يرجع فيه من ملكية الشيء الموهوب (le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée) فلزم إذن أن يكون الواهب مالكاً للشيء الموهوب وقت الهبة (أوبري ورو وإسبان ١٠ فقرة ١٧٥ هامش رقم ١٠) .

المستقبل . وقد يكون عتق الوجود كالتحولات التي لم تنبت ، أو محتمل الوجود كنتاج الموائى . أما ملك الغير فهو مال معين بالذات موجود وقت الحبة ، ولكنه غير مملوك للواهب . وقد سبق تحديد ملك الغير عند الكلام في بيع ملك الغير وفي تحديد منطقة هذا البيع^(١) .

وقد ورد في هذا الصدد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتحسين الملقى الجديد : « أما حبة مال معين موجود وقت الحبة وغير مملوك للواهب فهو حبة ملك الغير »^(٢) . وجاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عند نظر النص الخاص بتحريم حبة المال المستقبل ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « تقع حبة الأموال المستقبل باطلة ، إلا إذا وردت على شيء معين بالذات ، فيسرى عليها نص المادة ٢٦٢ وما يلها » - أى يسرى عليها حكم بيع الغير - ما يأتى : « حذفت اللجنة العبارة الأخيرة من المادة وهى : إلا إذا وردت على شيء معين بالذات البيع ، لأن المال المستقبل هو مال غير موجود وقت الحبة وسيوجد بعدها . أما المال الموجود وقت الحبة مملوكا لغير الواهب ، فالحبة فيه هى حبة ملك الغير لا حبة المال المستقبل . وعلى أساس هذا التمييز ما بين حبة المال المستقبل وحبة ملك الغير ، لم يبد هناك عمل للاستثناء الوارد في هذه المادة ، لأن الحبة التي ترد على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب لا يمكن أن تكون حبة مال مستقبل ، بل تتمحض حبة ملك الغير ، وحكمها ولورد في المادة ٥١٨ (من المشروع) ، فلا معنى لإيراده ثانية في المادة ٥١٩ (من المشروع) على صورة استثناء ، ولأن ملك الغير لا يدخل في المال المستقبل حتى يصبح استثناءه منه »^(٣) .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٦٠ .

(٣) مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٦٢ - وانظر أيضاً فقرة ٧٦ في المناقش .

المطلب الثاني

حبة ملك النير

٨٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩١ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« إذا وردت الحبة على شيء معين بالذات غير مملوك لأواهب ، سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ »^(١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق^(٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني

السوري المادة ٤٥٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٨٠ - وفي التقنين

المدني العراقي المادة ٦٠٩ / ١ - وفي تقنين الموجبات والنفود اللبناني في

المادة ٥١٣^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٦٦ من المشروع التمهيدي على وجه مغاير لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لغوية جعلته مطابقاً ، وصار رقمه ٥١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للصدور تحت رقم ٤٩١ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧) .

(٢) ويظهر أن أحكام الفقه الإسلامي هي التي كانت تطبق في حبة ملك النير في عهد التقنين المدني السابق ، لأن هذه المسألة تعتبر من المسائل الموضوعية في الحبة . وحيث ملك النير في الفقه الحنفي لا تجوز بغير إذن المالك . جلد في البدائع (جزء ٦ ص ١١٩) : « فلا تجوز حبة مال . فغير بغير إذنه لاستحالة تملك ما ليس بمملوك » . والعبارة بتأريخ صدور الحبة ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام الفقه الإسلامي هي التي تسري ، وإلا فأحكام التقنين المدني الجديد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٥٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/٦٠٩ : يشترط وجود الموهوب وقت الحبة ، ويلزم أن يكون شيئاً مملوكاً لأواهب . (ويحصل التقنين العراقي الحكم واسعاً في حبة المال المستقبل وحيث ملك النير) . -

٨١ - حكم هبة ملك الغير فيما يبيع المتاعفريه : هبة ملك الغير فيما بين المتاعفين قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له ، فقد صرحت المادة ٤٩١ في السالفة الذكر بأن أحكام بيع ملك الغير تسرى على هبة ملك الغير ، ومن أحكام بيع ملك الغير كما رأينا^(١) أنه قابل للإبطال لمصلحة المشتري . فلموهوب له وحده أن يطلب إبطال الهبة ، حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي ، كما يستطيع المشتري ذلك في ملك الغير . ويكون للموهوب له مصلحة في إبطال الهبة إذا كانت الهبة بعوض أو مقرنة بالتزامات فرضت عليه ، فيطلب إبطال الهبة في هذه الحالة حتى يتخلص من دفع العوض أو من القيام بهذه الالتزامات . ويجوز للموهوب له أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب إبطال الهبة إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء أن الشيء الموهوب مملوك للغير أو كانت الهبة بعوض ، وفي الحالة الأولى يستحق الموهوب له تعويضاً عادلاً ، وفي الحالة الثانية يرجع بما أداه من عوض ، وكل ذلك قياساً على ضمان الواهب للاستحقاق وسنينه فيما يلي^(٢) . ولم تطبق أحكام بيع ملك الغير في هذه المسألة ، وهي مذكورة في المادة ٤٦٨ مدني ، لأن المادة ٤٩١ مدني لم تحل عليها^(٣) .

١ - تقنين الموجبات والقيود البنائي م ٥١٣ : لا يجوز في حال من الأحوال أن تشمل الهبة أموال الواهب المستقلة ، أي الأحوال التي لا يكون له حق التصرف فيها وقت الهبة . (ويبدو أن التقنين البنائي يحمل الحكم واحداً في هبة المال المستقل وهبة ملك الغير ، على غرار التقنين الفرنسي) .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦١ وما بعدها .

(٢) الفرما على فقرة ١١١ .

(٣) وينبغي الاستاذ محمود جمال الدين زكي (فقرة ٦٩ ص ١٤٣) إلى تطبيق المادة ٤٦٧ مدني فلا يكون الواهب مسئولاً عن التعويض إلا إذا كان من الهبة أوارثك خطأ جسيماً . ويرى الأستاذ أكرم الخولي (فقرة ٧١ ص ١٠٦) أن المسؤولية متأتية تنشأ من هذه الهبة بعد إبطاله وينبغي إلزامه وجوب تطبيق أحكام المسؤولية التفضيحية .

أما الواهب فلا يجوز له إبطال الهبة الصادرة منه ، لأن الهبة ليست باطلة بطلاناً مطلقاً كما في هبة المال المستقبل ، بل هي قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له وحده .

وللموهوب له أن يميز الهبة ، فتقلب صحيحة ، ولكن ذلك لا يعنى أنها تنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له لأن المالك الحقيقي لم يميز الهبة وهو أجنبي عنها ، فلا تنتقل الملكية منه إلا برضائه .

وكذلك تنقلب الهبة صحيحة إذا آلت ملكية الموهوب إلى الواهب بعد صدور الهبة (انظر المادة ٤٦٧ مدني في بيع ملك الغير) ، وفي هذه الحالة تنتقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له .

وتسرى سائر أحكام بيع ملك الغير على هبة ملك الغير في جميع ما قدمناه من مسائل^(١) .

وهبة ملك الغير قابلة للإبطال بموجب نص خاص هو المادة ٤٩١ مدني ، على النحو الذي قررناه في بيع ملك الغير^(٢) . كما أن هبة عقار الغير تكون قابلة للإبطال قبل التسجيل وبعده ، على النحو الذي رأيناه في بيع عقار الغير^(٣) .

٨٢ - حكم هبة ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقي : وإذا لم يقر المالك الحقيقي الهبة ، فسواء أجاز الموهوب له الهبة أو لم يميزها ، فإن المالك الحقيقي أجنبي عن الهبة فلا تسرى في حقه . ومن ثم يبقى مالكا للموهوب ، ولا تنتقل منه الملكية إلى الموهوب له حتى لو انقلبت الهبة صحيحة بإجازة الموهوب له . ويترتب على ذلك أن المالك الحقيقي يستطيع أن

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦١ - فقرة ١٦٤ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٨ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٩ .

يرجع على الموهوب له بدعوى الاستحقاق وأن يرجع على الواهب بالتعويض ، على النحو الذى رأيناه فى رجوع المالك الحقيقى فى بيع ملك الغير على المشتري وعلى البائع^(١) .

وقد يقر المالك الحقيقى الهبة ، وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل ملكية الموهوب منه إلى الموهوب له ، إذ زال العائق الذى كان يحول دون نقل الملكية . ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار فى هبة العقار حتى تنتقل الملكية إلى الموهوب له . وحتى انتقلت الملكية إلى الموهوب له ، زال السبب الذى من أجله جعل المشرع هبة ملك الغير قابلة للإبطال ، فانقلبت الهبة صحيحة بإقرار المالك الحقيقى^(٢) . وتقلب الهبة صحيحة من وقت صدورها ، ولكن الملكية لا تنتقل إلى الموهوب له إلا من وقت الإقرار ، ويمضى كل هذا على الوجه الذى رأيناه فى إقرار المالك الحقيقى ببيع ملك الغير^(٣) .

ولعل جواز إقرار المالك الحقيقى للهبة ، وانقلابها صحيحة بهذا الإقرار من وقت صدورها ، وانتقال ملكية الموهوب إلى الموهوب له ، دون حاجة فى كل ذلك إلى عمل الهبة من جديد ، هو الذى سوغ للمشرع أن يجعل هبة ملك الغير قابلة للإبطال ، ولم يجعلها باطلة كما جعل هبة المال المستقبل^(٤) .

المطلب الثالث

هبة المتاع

٨٢ - هبة المتاع بائنة : وتسرى على هبة جزء شائع فى شئ معين

(١) انظر فى تفصيل هذا الوسيط ٤ فقرة ١٦٥ .

(٢) انظر فى بيع ملك الغير المادة ١/٤٦٧ منه .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦٦ .

(٤) انظر ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مدد هبة ملك الغير

(مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٥٩) .

بالذات . هبة نصف الدار في الشيوع ، القواعد العامة في التصرف في المال الشائع . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدني في هذا الصدد على أن « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولى على ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بمقوق سائر الشركاء » . فيجوز إذن للمالك في الشيوع أن يتصرف في ماله الشائع بالبيع والهبة وسائر التصرفات ، ومن ثم تكون هبة المال الشائع جائزة . والفقه الإسلامي في المذهب الحنفي على خلاف ذلك : فهبة المشاع في الفقه الحنفي « لا تجوز »^(١) . ولكن هذا الحكم لم ينقله التقنين المدني الجديد في الأحكام

(١) وقد جاء في البدائع في هذا الصدد : « فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم ، وتجوز فيما لا يقسم كالذهب والحمام والله ونحوها . وهذا عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط ، وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده . . . ولنا . . . أن القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض . لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض ، والتصرف في الصنف الشائع وحده لا يتصور . . . وهكذا نقول في المشاع الذي لا يقسم إن معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا ، إلا أن هناك ضرورة لأنه يحتاج إلى هبة بعينه ولا حكم للهبة بدون القبض والشياخ مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل إلى إزالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة ، فست الضرورة إلى الجواز وإقامة صورة التخليه مقام القبض الممكن من التصرف ، ولا ضرورة هنا لأن المحل محتمل للقسمة فيمكن إزالة المانع من القبض الممكن بالقسمة . . . ولأن الهبة عقد تبرع ، ظهر صحت في مشاع محتمل للقسمة لصار عقد ضمان ، لأن الموهوب له يملك مطالبة التبرع بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي إلى تغيير المشروع . ولهذا توقف الملك في الهبة على القبض ، لما أنه لو ملكه بنفس العقد لثبت له ولاية المطالبة بالتسليم ، فيؤدي إلى إيجاب الضمان في عقد التبرع ، وفيه تغيير المشروع . كذا هذا . بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة ، لأن هناك لا يتصور إيجاب الضمان على التبرع ، لأن الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة ، فهو الفرق . . . ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه إلى الموهوب له جائز ، لأن هبة المشاع عندنا معتقد موقوف نقاذه على القسمة » (البدائع ٦ ص ١١٩ - ص ١٢١) . انظر أيضاً المواد ٥٠٥ و ٥٠٦ و ٥٠٩ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

فهبة الهبة الثالثة في عين لا تقبل القسمة وتسليمها شائعة صحيح نافذ ، وتم الهبة بهذا القبض . أما هبة حصة شائعة في عين تقبل القسمة ، فحصة ملك والشافعي وأحد أن ذلك جائز ، وقبض الهبة شائعة قبض صحيح يتم به الملك . وفي المذهب الحنفي أن الهبة معتقد موقوفاً نقاذها =

الموضوعية للهبة ، فيبقى على أصله في القواعد العامة لهذا التفتين ، وقد رأينا هذه تجزئة المشاع^(١) .

٨٤ - **هبة الحصص الشائعة في حالة الشيوع** : فإذا وهب المالك في الشيوع حصته الشائعة أو بعض هذه الحصص ، وهي في حالة الشيوع ، انتقل ما وهبه شائعاً إلى الموهوب له في حالة الشيوع التي كانت عليها الحصص وهي في ملك الواهب . فمن يهب مثلاً ثلث الدار شائعاً ينقل ملكية هذا الثلث في الشيوع الموهوب له ، ويصبح هذا خلفاً خاصاً للواهب ويحل^٢ محله في الثلث الشائع ، فيصير مالكاً لثلث الدار في الشيوع مع المالك الشاعرين الآخرين .

٨٥ - **هبة جزء مفرد من المال الشائع** : ولكن قد يهب المالك الشيوع جزءاً مفرداً من المال الشائع . مثل ذلك أن يهب المالك لثلث الأرض في الشيوع جزءاً مفرداً من هذه الأرض الشائعة يعدل ثلثها . وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدني نصاً عاماً يشمل جميع التصرفات التي تقع

- على النسخة (الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٦٢٣ - ص ٦٢٤) .

وانظر : محكمة استئناف مصر ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٣٦٩ رقم ٧٥٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٦ الهامة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ - وقارن : استئناف غنط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٤ ص ٢١١ - ٢٢ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢ .

(١) وبذلك ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « ولم يعرض للفروع لية المال الشائع مكتفياً باستخلاص حكمه من القواعد العامة ، وقد تناولت هذه المسألة مع أحكام الشريعة الإسلامية : انظر مرشد الميراث م ٨١ ، وقارن الأحوال الشخصية م ٥٠٥ - ٥٠٧ - ٢٠٩ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٠ - ص ٢٦١) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٠٩ من التفتين المدني العراقي صراحة على جواز هبة المشاع ، إذ تقول : « ويجوز هبة المشاع » . انظر الأستاذ حسن الفتون فقرة ٢٤ - فقرة ٢٥ .

على جزء مفروز من المال الشائع ، سواء كان التصرف ييماً أو هبة أو غير ذلك ، وهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « وإذا كان التصرف منصّباً على جزء مفروز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . والمتصرف إليه ، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفروزة ، الحق في إبطال التصرف » . وقد سبق أن أجرينا حكم هذا النص على بيع جزء مفروز من المال الشائع ، وحكم الهبة كحكم البيع ، فنحيل إلى ما قلناه هناك^(١) .

ونكتفى هنا بالإشارة إلى أنه إذا وهب المالك في الشيوع جزءاً مفروزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فإنه يكون قد وهب ما يملك وما لا يملك ، ويجب التمييز بين حالتين : فلما أن يكون الموهوب له علماً بأن الواهب لا يملك الجزء المفروز الذى يهبه وإنما يملك فيه حصة على الشيوع ، وإما أن يكون غير عالم بذلك . ففى الحالة الأولى يكون المقروض أن الموهوب له قد قبل هبة الجزء المفروز أو ما يحل محله مما يقع في نصيب الواهب عند القسمة . فإذا لم يقع الموهوب في نصيب الواهب عند القسمة ، ووقع بدله جزء آخر ، تحول حق الموهوب له بحكم الحلول العيني إلى الجزء المفروز الذى وقع في نصيب الواهب ، طبقاً للأحكام الواردة في المادة ٨٢٦ منى المتقدمة الذكر . وفى الحالة الثانية إذا كان الموهوب له مجهول أن الواهب إنما يملك في الشيوع ، فقد وقع في غلط جوهري ، وتكون الهبة قابلة للإبطال ، وتظهر مصلحة الموهوب له في إبطال الهبة إذا كانت الهبة بوض أو مقترنة بشروط أو التزامات . ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن يطلب المشتري إبطال البيع ، فوقع الجزء المفروز في نصيب الواهب ، فإن

المبة تنقلب صحيحة على النحو الذى قدمناه فى البيع^(١) .
وحكم هذه المبة بالنسبة إلى سائر الشركاء فى الشيوع هو نفس الحكم
الذى قررناه فى البيع^(٢) .

المطلب الرابع

مبة المريض مرض الموت

٨٦ - مبة المريض مرض الموت حكمها حكم الوصية : وإذا صدرت
المبة من الوهاب وهو فى مرض موته ، فإن لميته حكم الوصية ، وفقاً
لقواعد العامة الواردة فى المادة ٩١٦ مدنى . وقد كان المشروع التمهيدى
للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص صريح فى هذا المعنى ، هو نص
الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه
الآتى : « تسرى على المبة فى مرض الموت أحكام الوصية » . وقد حذف
هذا النص فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بالمادة ٩١٦ مدنى السالف
الإشارة إليها^(٣) .

وقد سبق أن بينا ما هو المقصود بمرض الموت ، وسبب تقييد التصرف
فى هذا المرض ، عند الكلام فى البيع ، فنحيل إلى ما قدمناه هناك^(٤) .

٨٧ - الموهوب لا يربى على ثلث التركة : ويترتب على ما قدمناه أن
الموهوب إذا لم ترد قيمته وقت الموت على ثلث التركة ، صحت المبة ،
سواء كان الموهوب له وارثاً أو غير وارث ، فإن الوصية أصبحت تجوز
لوارث فى الثلث كما تجوز لغير الوارث ، ولا حاجة إلى إجازة الورثة .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ .

(٣) مجسمة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ فى الملحق .

(٤) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٧٥ - فقرة ١٨٢ .

٨٨ - الموهوب يتردد على ثلث التركة : فإذا كانت قيمة الموهوب وقت الموت تزيد على ثلث التركة ، صحت بغير إجازة الورثة في حلود الثلث ، سواء كانت الحبة لوارث أو لغير وارث . أما ما جاوز من الموهوب ثلث التركة ، فلا تصح الحبة فيه إلا بإجازة الورثة . فإن لم يميزوا ، وجب على الموهوب له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث ، أى أن يرد إليها ما بقى بتكلة ثلثها .

وإذا تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد على الثلث ، لم ينفذ التصرف في حق الورثة بغير إجازتهم إلا وفقاً للقواعد العامة ، لأن النص الخاص ببيع المريض مرض الموت - المادة ٤٧٨ مدنى - لم يرد في حبة المريض مرض الموت^(١) . ومن ثم يسرى التصرف في حق الورثة فيها جاوز الثلث إذا كان المتصرف إليه حسن النية قبل تسجيل دعوى الاستحقاق التى ترفعها الورثة على الموهوب له مطالبين إياه بالزائد على الثلث . ولا يسرى التصرف في حقهم من وقت تسجيل هذه الدعوى ، ولو كان المتصرف إليه حسن النية .

المبحث الثانى

العرض فى الحبة

٨٩ - التصرف فى الموهوب : تنص المادة ٤٩٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عرض ، سواء اشترط هذا العرض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة »^(٢) . ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

(١) انظر فى هذا النص الوسيط ٤ فقرة ١٨٨ .

(٢) تاريخ النص : انظر ما يلى فقرة ١١٨ فى الماخذ .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري المادة ٤٦٥ - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٤٨٦ - وفي التفتين المدني العراقي المادة ٦١٨ - ولا مقابل للنص في تفتين الموجبات والعقود اللبناني^(١).

٩٠ - الشروط العامة الواجب توافرها في الموض : قدمنا أن الهبة قد تفسّر بمقابل ، شروط أو التزامات أو عوض تفرض على الموهوب له ، فتكون الهبة عقدًا ملزمًا للجانبين ، إذ تقوم التزامات في جانب الموهوب له مقابلة للالتزامات القائمة في جانب الواهب . وقد يكون هذا المقابل التزامًا بالإعطاء أو التزامًا بعمل أو التزامًا بالامتناع عن عمل . فالالتزام بالإعطاء مثله أن يلتزم الموهوب له بترتيب إيراد للواهب أو لأجنبي أو أن يلتزم بوفاء ديون الواهب أو الديون المترتبة على العين الموهوبة . والالتزام بالعمل مثله أن يلتزم الموهوب له بأن يقوم بخدمات معينة للواهب ، كأن يزرع له أرضاً أو يبني له داراً أو نحو ذلك . والالتزام بالامتناع عن عمل مثله أن يتعهد الموهوب له بالأبى يتصرف في العين الموهوبة .

وأياً كان الالتزام الذي يشتمل عليه المقابل ، فإن محله يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة الواجب توافرها في محل الالتزام . فيجب أن يكون هذا المحل موجوداً إذا كان متعلقاً بشيء معين بالذات ، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل . ويجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين . ويجب

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٤٦٥ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٤٨٦ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ٦١٨ (مطابق) - وانظر أيضاً المادة ٦١١ .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ، ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة ،

ظهير في لبنان دون نص .

أخيراً أن يكون صالحاً للتعامل فيه ، وبخاصة يجب أن يكون غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

ثم إن هذا المقابل في الهبة يجب أن تكون قيمته المادية أقل من قيمة الشيء الموهوب ، حتى تستبقى الهبة صفتها باعتبارها تبرعاً . وقد قلنا أن قيمة المقابل إذا كانت تعادل قيمة الشيء الموهوب أو تقاربه ، فإن العقد يكون معاوضة لا تبرعاً . وإذا قلت قيمة المقابل ، فإن التبرع يكون بمقدار الفرق ما بين قيمة الشيء الموهوب وقيمة المقابل^(١) .

٩١ - صور مختلفه للمقابل في الهبة : والمقابل في الهبة يتخذ صوراً مختلفة متباينة^(٢) ، نورد أمثلة منها هنا^(٣) .

فقد تكون الشروط والالتزامات المفروضة على الموهوب له ملحوظا فيها مصلحته هو . مثل ذلك أن يهب شخص آخر مالا ويشترط عليه أن يشتري به داراً أو أوراقاً مالية ادخاراً للمال عند الحاجة لمصلحة الموهوب له نفسه . وقد يهب له داراً ويشترط عليه عدم التصرف فيها ، وشرط عدم التصرف هذا قد يكون لمصلحة الموهوب له ، وقد يكون لمصلحة الواهب ، وقد يكون لمصلحة أجنبي اشترطت له منفعة (انظر المادتين ٨٢٣ - ٨٢٤ وسأتي ذكرهما) .

وقد تكون الشروط والالتزامات مفروضة على الموهوب له لمصلحة الواهب . مثل ذلك أن يشترط الواهب على الموهوب له أن يوفى ديونه ،

(١) انظر آتفاًقرة ٤ .

(٢) وتوجد صورة للمقابل في الهبة يكون المقابل فيها غير مباشر ، ويتحقق ذلك في الهبات المتبادلة . فكل هبة لا مقابل لها في نفس الهبة ، ولكن المقابل يوجد في الهبة المتبادلة ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (انظر آتفاًقرة ٤) .

(٣) أما الكلام في إلزام الموهوب له بالمقابل وكيف يوفى ، فله عند بحث آثار الهبة والالتزامات الموهوب له .

فيلتزم الموهوب له عندئذ بوفاء ديون الواهب التي كانت موجودة وقت الحية ، ما لم يتفق على غير ذلك (م ٤٩٩ / ١ مدني) . وسنعود إلى تفصيل التزام الموهوب له بوفاء ديون الواهب عند الكلام في التزامات الموهوب له (١) .

وأكثر ما يكون المقابل في الحية عوض يشترطه الواهب على الموهوب له (٢) . ويكون هذا العوض إما لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي ، كأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يرتب لإيراداً للواهب مدى حياته ، أو يرتب لإيراداً لشخص آخر غير الواهب مدى حياة هذا الشخص (٣) ، وقد يكون هذا الإيراد معادلاً لربع الشيء الموهوب . كذلك قد يشترط الواهب على الموهوب له عوضاً عن الحية أن يتفق عليه طول حياته ، أو أن يؤويه في داره . وقد يشترط الواهب العوض للمصلحة العامة ، كأن يهب شخص مالا لجمعية خيرية ويشترط عليها أن تقوم بإنشاء مستشفى أو ملجأ أو نحو ذلك مما يحقق مصلحة عامة . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فيما قلناه (٤) .

(١) انظر ما يلي فقرة ١٢٢ .

(٢) والحية بشرط العوض في الفقه الإسلامي هي حبة ابتداء فيشترط التقاضي في العوضين وتبطل بالشروع ، وهي بيع انتهاء فرد بالميب وعيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة . وقال زفر والقاضي هي بيع ابتداء وانتهاء . جاء في البداية : « وإذا وبب بشرط العوض احبر التقاضي في العوضين وتبطل بالشروع ، لأنه حبة ابتداء . فإن تقاضيا صح للقد ، وصار في حكم البيع يرد بالميب وعيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة ، لأنه بيع انتهاء . وكال زفر والثاني وخمسا الله هو بيع ابتداء وانتهاء ، لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض » (فتح القدير ٧ ص ١٢٨) . انظر أيضاً للمادة ٢٨٠ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى بلنا .

(٣) وتجبر حبة بعوض أن يشترط الرقاب وهو ولد الموهوب له حل ابته تمييزاً له عنه - أمضى الموهوب له وبني الرقاب - والإطلاق عليها وحل أمه - زوجة الرقاب - بهد وثقة أمه (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٨٣ ص ١٧٨) .

(٤) انظر كفاً فقرة ٤ .

الفرع الثالث

السبب في عقد المبة

٩٢ - تطبيق الفواعل العامة في السبب : نظرية السبب تسرى في عقد المبة كما تسرى في غيرها من العقود . ويجب أن يفهم السبب هنا بمعناه الحديث : الباعث الدافع لأواهب على المبة . أما نية التبرع - وهي التي تقول النظرية التقليدية إنها السبب في المبة - فهي تختلط اختلاطاً تاماً بالرضاء ، فالواهب عندما رضى بالمبة كان رضاه هذا متضمناً لنية التبرع . وأكثر ما يظهر عقم النظرية التقليدية في السبب عندما تختلط هذه النظرية بنية التبرع بالسبب في المبات ، فإن نية التبرع موجودة حتماً في كل مبة ، ووصف هذه النية بأنها السبب لا يقدم شيئاً^(١) . وهذا ما دفع الأستاذ كاييتان ، وهو من أكبر المدافعين عن نظرية السبب التقليدية ، إلى ألا يقف عند نية التبرع ، بل يجاوزها إلى الباعث الدافع ، فيجعل هو السبب

المبة بموضع تخضع لقواعد المبة الشكلية والموضوعية . ومن ثم تسرى عليها الرسمية أو البينية وأحكام الفصلان الخفية وأحكام الرجوع في المبة ، فضلاً عن النسخ لعدم أداء الموضع . ولكن عند تحديد قيمة المبة يجب إنقاص قيمة الموضع من قيمة المال الموهوب ، فإذا كانت المبة بموضع صادرة في مرض الموت اعتبرت قيمة المبة التي يجب ألا تتجاوز ثلث التركة هي الفرق بين قيمة المال الموهوب وقيمة الموضع (انظر في هذا المعنى الأستاذ أكيم الخولى ص ٩٥) . وإذا كانت قيمة الموضع أكبر من قيمة الموهوب أو تعادله ، كان العقد ملغى لا تبرعاً ، كما سبق القول . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العقد الذي يلتزم بموجبه شخص بنقل حق حصص أو يعمل شيء إلى هيئة من الهيئات العامة ، مقابل قيام تلك الهيئة بعمل الخدمة العامة ، هو عقد معلوض لا تشترط فيه الرسمية ، ولا تطبق عليه أحكام المبة (استئناف مصر ٢٠ يونيو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٥) .

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٦٦ - الأستاذ أكيم الخولى فقرة ٧٣ - وانظر مع ذلك دفاعاً سبباً عن النظرية التقليدية في أن نية التبرع هي السبب في المبات جومدى وكولان ١٠ فقرة ٥٠ - فقرة ٥١ .

في الحبة إذا اقترنت بشرط يكون هو الذي دفع المتبرع إلى تبرعه^(١) .
فيجب إذن الأخذ بالنظرية الحديثة في السبب ، وبخاصة في عقد الحبة ،
فيكون السبب كما قدمنا هو الباعث النافع الواهب على التبرع .

ويجب أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، فإذا كان غير مشروع كانت
الحبة باطلة بطلاناً مطلقاً . ولكن يجب ، حتى تكون الحبة باطلة لعدم
مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلى التبرع ، أن يكون الموهوب له يعلم
أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث . وقد ذهب بعض الفقهاء^(٢) إلى أنه
لا حاجة في الحبة حتى تبطل إلى أن يكون عدم مشروعية الباعث معلوماً من
الموهوب له ، فإن الإرادة التي تقف عندها هي إرادة المتبرع وحده ، فهي
الإرادة التي تسيطر على التصرف ، فيعتد إذن بالباعث الذي دفع الواهب
إلى تبرعه سواء كان معلوماً من الموهوب له أو كان مجهولاً منه . ولكن
الرأي الذي ساد هو الرأي الأول ، فيجب ، حتى في الحبة لتكون باطلة ،
أن يكون عدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلى التبرع معلوماً من
الموهوب له^(٣) .

ومن أظهر تطبيقات عدم مشروعية السبب في الحبة ما استقر عليه
القضاء في مصر من أنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليته هو إبعاد
العلاقة غير الشريفة بينهما أو استدامتها أو تجديدهما ، كانت الحبة باطلة لعدم
مشروعية السبب . أما إذا كان الباعث هو تويض الخلية عما أصابها من

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٧٤ ص ١٥٠ .

(٢) جوسران في البواش فقرة ١٥٩ ص ٢٠١ و فقرة ١٦٠ ص ٢٠٣ - وبيير
في القواعد الخلفية فقرة ٣٥ - بلانيول وبيير وبولاجيه ٢ فقرة ٣١٩ و ٣ فقرة ٢٥٢٢ -
الاستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٤٠ - الأستاذ أكثم الخويل فقرة ٧٣ ص ١٠٩ .

(٣) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٨٣ .

لذا لم يكن عدم مشروعية السبب معلوماً من الموهوب له ، كانت الحبة صحيحة ، وإن كان
يجوز للقاضي الرجوع فيها وذلك في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع في الحبة .

تقرر بسبب المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعاً والمبة تكون صحيحة^(١).

والتواعد التي قروناها في السبب عند الكلام في نظرية العقد بوجه عام تسرى على المبة بالقدر الذي يتلام مع طبيعتها ، فتحيل إلى ما قدمناه في هذا الصدد^(٢) . وإنما وقف عند تطبيقات ثلاثة للسبب كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصوص فيها^(٣) ، وحذفت هذه النصوص اكتفاء بالتواعد العامة .

٩٣ - المدة المقررة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع : كان المشروع التمهيدى للتقنين المبنى الجديد يشتمل على نص هو المادة ٦٦٩ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتي : « إذا اقترنت المبة بشرط

(١) استئناف وطني ١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦ - محكمة الإسكرتيرة التجارية الحظطة ٨ يونيو سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٥٢٦ ص ١٧٦ .
(٢) انظر القسط الجزء الأول ققرة ٢٨٨ وما بعدها .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذه النصوص : « والسبب في المبة هو نية التبرع طبقاً للمذهب القديم ، وهو الدافع الرئيسي للتبرع طبقاً للمذهب الحديث . وقد طبق المشروع المذهب الحديث في فروض ثلاثة : (١) اقتران المبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع ، فإن كان الشرط ليس هو الدافع للتبرع ، فإنه يلغى وتصح المبة : قانون مرشد الميراث م ٢٥٥ ققرة ثانية . وإن كان هو الدافع ، بطلت المبة لعدم مشروعية السبب . وعلى هذا جرى اقتضاء المسمى واقتضى ، وقعن المشروع ما جرى عليه اقتضاء (م ٦٦٩) . (ب) المبات والمدايا التي تقدم الخليل من الخليل الآخر أو من أجنبي ، نص ترد إذا فسخت الخلية وطلب الوهاب الرد مادام الشيء الموهوب قائماً ويمكن رده بالمال (م ٦٧٠ من المشروع وم ١١٠ من قانون الأحوال الشخصية) ، ويمكن تعليق ذلك بأن سبب المبة قد زال لفسخ الخلية . (ج) شرط عدم التصرف ، ولا يكون صحيحاً ما لم يكن منبياً على باعث مشروع ومقصوداً على مدة مقبولة (م ٦٧١ و ١١٩١ من المشروع) ، وإلا كان السبب غير مشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦١ - ص ٢٦٢) .

مستحيل أو بشرط غير مشروع ، وقعت صحيحة وألغى الشرط ، إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للهبة ، فضع الهبة كلها باطلة (١) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، اكتفاء بالقواعد العامة (٢) .

ومثل الهبة المقرنة بشرط مستحيل أن يهب شخص باراً لآخر ، ويقرن الهبة بشرط هو أن يرتب الموهوب له لإيراداً لشخص آخر مدى حياة هذا الشخص ، ثم يبين أن هذا الشخص قد توفى قبل صدور الهبة . فهنا الشرط الذى اقترنت به الهبة هو شرط مستحيل ، ومن ثم ننظر هل كان هذا الشرط هو الباعث الدافع (cause impulsive et déterminate) للواهب على أن يتبرع بالدار للموهوب له ، وفى هذه الحالة يكون الشرط هو السبب وقد انعدم ، فتبطل الهبة كلها ويسترد الواهب الدار من الموهوب له . أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع على التبرع ، وثبت أن الواهب كان يهب الدار حتى لو تبين أن الشرط مستحيل ، فإن الهبة تبقى صحيحة ويلغو الشرط وحده .

ومثل الهبة المقرنة بشرط غير مشروع أن يهب شخص مالا لمطلقة ويشترط عليها عدم الزواج . فشرط عدم الزواج عادة شرط غير مشروع (٣) ، فإن كان هو الباعث الدافع للواهب على التبرع ، ألغى

(١) انظر فى أصل هذه القاعدة فى القانون الرومان وفى قوانين الثورة الفرنسية وفى تفسيلات القاعدة فى التقيين المألفين الفرنسى (م ٩٠٠ مافى فرنسى) بودوى وكولان ١٠ فقرة ٦٥ - فقرة ١٠٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩ فى المائش - وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ مافى : « ومع ذلك لا يقوم الالتزام المافى على طلق على شرط فاسخ بخالف للاعاب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام » .

(٣) والبرة فى عدم مشروعية الشرط يقرت صدور الهبة ، فلذا كانت مشروعة فى هذا الوقت فظلمة صحيحة ولو أصبح الشرط غير مشروع بعد ذلك (بودوى وكولان ١٠ فقرة ١١٧ - فقرة ١١٨) .

الشرط وبطلت المبة معه . وإن لم يكن هو الباعث الدافع إلى التبرع ،
ألغى الشرط وبقيت المبة^(١) .

٩٤ - **الهباء والهدايا في الخطبة :** وكان المشروع التمهيدي يشتمل
أيضاً على نص هو المادة ٦٧٠ من هذا المشروع ، وكان يجري على الوجه
الآتي : « الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من أحد الخطيبين للآخر ،
أو من أجنبي عنهما لأحدهما أولها معاً ، يجب أن يردها الموهوب له للواهب
إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد ، ما دام الشيء الموهوب قائماً
ويمكن رده بالذات »^(٢) . وقد حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ ،
اكْتفاء بالقواعد العامة وبأحكام العرف في هذا الشأن^(٣) .

والمقروض أن الهبات والهدايا التي يقدمها أحد الخطيبين للآخر ،
أو يقدمها ذوو الخطيبين لأحدهما أولها معاً ، إنما الباعث الدافع لها هو إتمام
الزواج . فإذا لم يتم وفسخت الخطبة ، فقد انعدم السبب ، فبطلت المبة .
ومن ثم يستطيع الواهب أن يطلب استرداد هبته من الموهوب له بعد فسوخ
الخطبة^(٤) . ولكن يشترط في ذلك أن يكون الشيء الموهوب قائماً ، كالمجوهرات

(١) وقد قضت محكمة التمييز الاستئنافية بأن المبة المفروقة بشرط باطل تعتبر صحيحة
مع بطلان الشرط ، فإذا اشترط الزوج في هبته لزوجه ألا تزوج ، وقع الشرط باطلاً لمخالفته
القانون والنظام العام ، ونصحت المبة (١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٩ الجمعية التونسية ٣١ رقم ٥٦
ص ١٥٩) . وانظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ الهامة ١٤ رقم ٦٣٥
ص ٨٤٧ .

وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن التكليف لا يكون ملزماً إذا لم يخرج من مجرد
الرغبة والادّتياع إلى تحقيقه ، وبأن شرط تبرع وصي معين على القاصر الموهوب له مخالف
النظام العام لأنه لا يجوز أن يفرض على المجلس المحسن شخص معين الوصاية ، ويكون هذا
الشرط باطلاً لاستحالة ، وتبقى المبة (١٩ فبراير سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ٢٣٢ ص ٥٦١) .

(٢) انظر أيضاً المادة ٦١٧ من التفتين الملغى العراق وهو نص مطابق .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١ في المامش .

(٤) استئناف مخطط ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢١٤ .

والمصوغات ، حتى يمكن رده بالذات . أما إذا استهلك ، كالحلوى والروائح ، فالمفروض أن الواهب قد وهب الشيء على أن يستهلك وعلى ألا يسترده مهما كان مآل الخطبة ، فلا يكون إتمام الزواج سبباً في مثل هذه الحالات (١) .

٩٥ - شرط حرمان التصرف في الشيء الموهوب : وكان المشروع التمهيدى يشتمل أخيراً على نص هو المادة ٦٧١ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتي : « إذا اشترط الواهب عدم التصرف في الشيء الموهوب ، فيسرى على المبة أحكام المادتين ١١٩١ و ١١٩٢ » . وقد

(١) ويلزم الأستاذ محمود جمال الدين زكي إلى أن الواهب هنا إنما يرجع في المبة إذا فسخت الخطبة ، ويكون فسخ الخطبة عذراً مقبولاً يميز له الرجوع ، ولا تدخل نظرية السبب في هذه المسألة (ص ١٣٩ حاشي رقم ١) . واعتدنا أن نظرية السبب يمكن أن تكون تعليلاً مقبولاً للرجوع في المبة عند فسخ الخطبة ، ذلك أن الواهب وهو يقدم هدية الخطبة إنما دفعه إلى ذلك أن الخطبة ستنتهي بالزواج . فإذا فسخت الخطبة فهو يرجع في الهدية استصحاباً لنية الأول وقت أن وهب ، لا ابتداءً لنية جديدة في الرجوع في المبة لغو طراً .
عل أننا إذا قلنا بنظرية السبب في هذه المسألة ، فلننا توسع في الأثر الذي يترتب على السبب فهو يؤثر في صحة العقد لا وقت صدور العقد ففسب ، بل أيضاً عند تخلف السبب بعد صدور العقد .

وفي الفقه الإسلامي المناط أن يرجع في هدیه ، لأن الهدية نوع من المبة فيجوز الرجوع فيها . ولا مانع من الرجوع لأن المبة هنا كانت قبل الزواج ، والمانع من الرجوع هو قيام الزوجية وقت المبة ، وهذا في مذهب أبي حنيفة . أما عند جمهور الفقهاء فلا يجوز الرجوع في الهدية كما لا يجوز الرجوع في المبة . لكن القطار في مذهب مالك أنه لو تم الزواج بينهما فلا رجوع ، وإن حصل عدول عنه فلم يقد عليها ، فإن كان العدول عنه فكل ذلك ، أما إذا كان العدول من الخطوبة فإن المصالح يرجع فيما أهداه إن كانت المبة باقية ، أو بطلها أو قيمتها إن كانت حالكة ، إلا إذا كان هناك عرف أو شرط فيسمل به (الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ص ٦٠ - ص ٦١) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المظفلة بأنه إذا تم الزواج لم يجر الرجوع في الهدية ، حتى لو ائتمن الزوجان بعد الزواج (٢٨ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٤٩) .

حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لورود حكمه في المادتين ٨٢٣ و ٨٢٤ مدني^(١) .

والواقع من الأمر أن شرط عدم التصرف في الشيء الموهوب قد ورد حكمه في نص عام هو نص المادة ٨٢٣ مدني ، ويمر على الوجه الآتي :

« (١) إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال ، فلا يصبح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . (٢) ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير . (٣) والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير . ويغفل من هذا النص أنه إذا اشترط الواهب على الموهوب له ألا يتصرف في الشيء الموهوب ، فشرط عدم التصرف لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . أما إذا كان الشرط مبنياً على باعث غير مشروع ، بأن كان الفرض منه تعطيل التصرف في الموهوب دون مبرر للملك ، وجب النظر فيما إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التبرع ، فيكون السبب غير مشروع ، ويبطل وتبطل معه الهبة . أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع إلى التبرع ، فإنه يلفظ وحده ، وتبقى الهبة صحيحة ، ويجوز للموهوب له عندئذ أن يتصرف في الشيء الموهوب بالرغم من شرط عدم التصرف . ومن المبررات لشرط عدم التصرف ، فيكون شرطاً مشروعاً يجب العمل به ، أن يكون قد وضع لحماية الواهب أو الغير ، كما إذا كان الواهب قد اشترط على الموهوب له ترتيب إيراد مرتب له طول حياته ، أو إيراد مرتب لأجنبي طول حياة هذا الأجنبي ، فيكون هذا مبرراً لأن يشترط الواهب أيضاً ألا يتصرف الموهوب له في الشيء طول حياة الواهب أو طول حياة الأجنبي ،

(١) مجرعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ في الماشق .

ليكون ذلك ضماناً للوفاء بالإيراد المرتب . كذلك من مبررات شرط عدم التصرف أن يكون قد وضع لحماية الموهوب له نفسه ، بأن كان محدود التجربة لو كان فيه نزق وطيش ، فيشترط عليه الواهب ألا يتصرف في شيء الموهوب حماية له من عدم تجربته أو من نزقه وطيشه ، وبصح في هذه الحالة أن يكون شرط عدم التصرف لمدة حياة الموهوب له .

فإذا صح شرط عدم التصرف على الوجه الذي أسلفناه ، صحت الهبة معه ووجب العمل بالشرط . ومن ثم لا يجوز للموهوب له أن يتصرف في الشيء الموهوب طول المدة التي حددت للشرط ، وإذا تصرف وقع تصرفه باطلا . واستطاع كل ذي شأن - وبخاصة الموهوب له والواهب نفسه - أن يسرد الشيء الموهوب من المتصرف له ، ولكن تبقى الهبة قائمة بغيره الشيء . إل الموهوب له لا إلى الواهب . وتنص المادة ٨٢٤ مدني في هذا الصدد على أنه : إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف يخالف له يقع باطلاً :

الفصل الثاني

أحكام المبة

٩٦ - آثار المبة والرجوع فيها : تشمل أحكام المبة الآثار التي ترتب عليها وجواز الرجوع فيها .

الفرع الأول

الآثار التي ترتب على المبة

٩٧ - التزامات الواهب والتزامات الموهوب له : الأصل في عقد المبة كما قلنا أنه عقد ملزم لجانب واحد ، هو جانب الواهب : ولكن إذا اشترط الواهب عوضاً لمبته على الوجه الذي بيناه فيما تقدم ، كانت المبة ملزمة للجانبين ووجدت التزامات مقابلة في جانب الموهوب له . فتكلم في التزامات الواهب ، ثم في التزامات الموهوب له .

المبحث الأول

التزامات الواهب

٩٨ - التزامات أربعة : التزامات الواهب ، كالتزامات البائع ، أربعة : (١) نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له . (٢) تسليم الشيء الموهوب للموهوب له . (٣) ضمان التضرر والاستحقاق . (٤) ضمان العيوب الخفية .

المطلب الأول

نقل ملكية الشيء الموهوب

٩٩ - تطبيق الفواعل العامة : التزام الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب تسرى فيه القواعد العامة ، على النحو الذى رأيناه فى التزام البائع بنقل ملكية المبيع .

فمقدّم الحجة ينشئ "التزاماً فى ذمة الواهب بنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له ، وهذا الالتزام ينفذ فوراً بحكم القانون فى الشيء المعين بالذات الذى يملكه الواهب ، مع مراعاة قواعد التسجيل فى العقار (م ٢٠٤ و م ٩٣٢ مئى) . ويلتزم الواهب بأن يقوم بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ، كتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل والكف عن أى عمل يعوق نقل الملكية فلا يجوز للواهب أن يتصرف بعد الحجة فى الشيء الموهوب إلا إذا جاز الرجوع فى الحجة . ويتضمن الالتزام بنقل ملكية الموهوب الالتزام بالمحافظة عليه والالتزام بتسليمه إلى الموهوب له (م ٢٠٦ مئى) . ويترتب على نقل الملكية إلى الموهوب له أن يكون لهذا الأخير حق التصرف فى الموهوب حتى قبل قبضه ، ويستوى فى ذلك العقار والمنقول (إذالم تكن الحجة يدوية فى المنقول) ، وأن يكون له ثمر الموهوب ونماؤه من وقت تمام الحجة ، وإذا أفلس الواهب بعد الحجة جاز للموهوب له أن يأخذ عين الموهوب فلا يزامه دائنو الواهب . وتنتقل الملكية ، لا فى حق المتعاقدين وحدهما ، بل أيضاً فى حق الورثة والدائنين . إلا أن الحجة إذا كانت قد صدرت من الواهب المصر إضراراً بدائنيه ، فإن هؤلاء لهم الحق فى الطعن فى الحجة بالدعوى البولصية ، ولو لم يكن الموهوب له عالماً بإعسار المدين ، فتصبح الحجة غير نافذة فى حقهم ، ويستطيعون أن ينفذوا على

الشيء الموهوب بحقوقهم وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى البوليسية^(١) .
وكل ما ألفتاه من الأحكام المتضمنة يراعى في تفصيلاته ما سبق أن
قلناه في خصوص التزام البائع بنقل ملكية المبيع^(٢) .

والزام الواهب بنقل ملكية الموهوب كان منصوحاً عليه صراحة في
المشروع التمهيدى ، فكانت المادة ٦٧٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى :
« (١) يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب للموهوب له . (٢) فإذا
كان الموهوب عقاراً ، سرت عليه الأحكام المتعلقة بالتسجيل . (٣) أما إذا
كان متقولاً ، فلا تنتقل الملكية إلا بالتقبض الحقيقى الكامل ، فإن كان

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، هو المادة ٦٧٢ من هذا
المشروع ، وكانت تنص بأنه « لا تجوز هبة الأموال أو وقفها إضراراً بالذاتين » ، صُفِّحَ
هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاءً بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٦٢
في المجلد ١) . وانظر المادة ٦١٠ من التفتيش المدنى العراقى وتنص على أنه « لا تجوز هبة إضراراً
بالذاتين » : انظر الأستاذ حسن للفون فقرة ١٨ .

وانظر في القضاء المصرى في هذه المسألة في عهد التفتيش المدنى السابق : استئناف وطنى ١٥
مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٢٤٣ (لا يجوز الوقف إضراراً بحق الشفع) - ٥ يناير سنة ١٨٩٩
المجموعة الرسمية ١ ص ١٩٠ - ٤ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٩٤ ص ٢٤٨ -
١٧ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٠١ ص ١٨٤ - ٢٥ يوليى سنة ١٩٢٢ المحللة ٢
رقم ٢/١٦٢ ص ٤٨٣ - استئناف مخطوط ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٧٨ - ١٠
نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ - ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٩ - ٢٠ يناير سنة
١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ - ٩ مارس سنة ١٩١٦
م ٢٨ ص ١٩٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٧٠ - ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ -
٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٩٧ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٦ -
١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٥٨ - ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ - ٢٨ ديسمبر
سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٧٦ - ٨ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٤ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٩
م ٤١ ص ١٧٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٨ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢
ص ٤٩٢ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٩ .

المقول موجوداً في حيازة الموهوب له وقت الهبة ، فننتقل الملكية بمجرد الاتفاق على الهبة دون حاجة لقبض جديد . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة^(١) . ويلاحظ أن المشروع التمهيدي كان يشترط القبض الحقيقي في المنقول لتام الهبة ولتنقل الملكية ، ولكن عدل المشروع في هذه المسألة كما رأينا^(٢) ، وأصبحت الرسمية شاملة للمقار والمنقول ، وإن كان القبض في المنقول يفنى عن الرسمية . ونستعرض الآن نقل الملكية في المنقول ، ثم في هبة المقار .

١٠٠ - **نقل الملكية في هبة المنقول** : نميز هنا ، كما ميزنا في البيع ، بين المنقول المعين بالذات والمنقول غير المعين إلا بالنوع .

ففي المنقول المعين بالذات المملوك للواهب ، تنتقل الملكية إلى الموهوب له فوراً بمجرد تمام الهبة وقبل القبض ، هذا إذا كانت الهبة قد وثقت في ورقة رسمية أو كانت هبة مستترة . أما إذا كانت هبة يدوية ، فتم الهبة ، وتنتقل الملكية في الوقت ذاته إلى الموهوب له ، بالقبض ، على النحو الذي بسطناه فيما تقدم^(٣) . ونرى من ذلك أن الملكية تنتقل بمجرد تمام الهبة ، سواء تمت الهبة بورقة رسمية أو بالقبض أو كانت هبة مستترة . وتنتقل ملكية المنقول إلى الموهوب له على هذا النحو ، سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير . وتسرى في كل ذلك أحكام انتقال

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥ - وتنص المادة ٦١٣ من القانون المدني العراقي على أن « تنتقل بالهبة ملكية الموهوب إلى الموهوب له » . وتنص المادة ٥٠٧ من قانون الموجبات والسقوط اللبناني على أن « تتم الهبة وتنتقل الملكية في الأموال الموهوبة ، سواء أكانت منقولة أو ثابتة ، عندما يقف الواهب على قبول الموهوب له ، مع الاحتفاظ بالأحكام الآتية » :

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧ في المامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٧ .

ملكية المبيع المنقول المدين بالذات فيها قديمنا^(١) . وهبة الجزاف ، كبيع الجزاف ، حكمها في انتقال ملكية الموهوب حكم هبة المنقول المدين بالذات على النحو الذي قدمناه ، سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير^(٢) .

وفي المنقول غير المدين إلا بالنوع ، كهبة عشرة أرادب من قمح أو عشرين قطاراً من القطن ، إذا كانت الهبة يدوية كما يقع ذلك عادة ، تمت الهبة بالقبض وتنتقل الملكية بمجرد تمام الهبة . أما إذا وثقت الهبة في ورقة رسمية ، فتنقل ملكية الموهوب بالإفراز ولو قبل القبض . وتسرى في كل ذلك أحكام انتقال ملكية المبيع المنقول غير المدين إلا بالنوع فيها قديمنا^(٣) .

١٠١ - نقل الملكية في هبة العقار : أما إذا كان الموهوب عقاراً ، وتمت الهبة سواء وثقت بورقة رسمية أو كانت هبة مسترة ، فإن ملكية العقار الموهوب ، سواء في حق الغير أو فيما بين المتعاقدين ، لا تنتقل إلا بالتسجيل عقد الهبة . وقد نصت المادة ٩٣٤ مدني على هذا الحكم إذ تقول : « (١) في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري . (٢) وبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب عليها سواء أكانت نافذة للملكية أم غير نافذة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » .

(١) انظر الوسيط : ٤ - ٢٤١ - ٢٤٢ - ٢٤٣ .

(٢) انظر الوسيط : ٤ - ٢٤٤ .

(٣) انظر الوسيط : ٤ - ٢٤٥ - ٢٤٨ .

وقد استعرضنا عند الكلام في البيع تطور نظام الشهر العقاري في مصر ،
وتبعنا المهود الأربعة التي مر بها هذا النظام : العهد السابق على التقنين
المصري القديم ، ثم نظام الشهر في التقنين المدني القديم ، ثم نظامه في قانون
تنظيم الشهر العقاري الصادر في سنة ١٩٤٦ وهو النظام القائم في الوقت
الحاضر ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك ^(١) .

وفي عهد التقنين المدني القديم كانت ملكية العقار الموهوب تنقل
فيا بين المتعاقدين بعقد الهبة ولو لم يسجل ^(٢) ، أما بالنسبة إلى الغير
فلا تنتقل الملكية إلا بتسجيل عقد الهبة . وترى في ذلك الأحكام التي
قلعناها في عقد البيع ^(٣)

أما في عهد قانون التسجيل وعهد قانون تنظيم الشهر العقاري ، فلكية
العقار الموهوب لا تنتقل كما قلعنا ، لا فيا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى
الغير ، إلا بتسجيل عقد الهبة .

فالهبّة غير المسجلة لا تنقل ملكية العقار الموهوب حتى فيا بين المتعاقدين ،
ويرتب على ذلك أن الموهوب له لا يصبح مالكا للعقار الموهوب ما دامت
الهبة لم تسجل . فإذا مات الواهب وانتقلت ملكية العقار إلى وارثه ، وباع
الوارث العقار إلى أجنبي أو وهبه منه بعد أن سجل شهادة لورثه ، فضل
المشتري أو الموهوب له من الوارث على الموهوب له من الوارث إذا سبق
الأول الثاني إلى التسجيل ، كل هذا على التفصيل الذي يسطاه عند الكلام

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٥٠ - فقرة ٢٦٥ .

(٢) وكانت المادة ٧٠/٤٨ من التقنين المدني القديم تنص على أن " تنتقل الملكية في
الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أو لواقعة ، بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب
له ، إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر فلا تصح الهبة ولا القبول
إلا إذا كانا حاصلين بمقتضى رضى وإلا كانت الهبة لائحة " .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٦٧ - فقرة ٢٦٩ .

في البيع^(١) . ولكن المبة غير المسجلة لا تزال مبة ، فتنتج جميع آثارها علما قتل الملكية بالفعل^(٢) . ويترتب على ذلك أن المبة غير المسجلة تنشئ التزاما في جانب الوهاب بنقل ملكية الموهوب ، ويسرى هنا ما سبق أن قررناه في البيع في شأن دعوى صحة التصاقد ودعوى صحة التوقيع^(٣) . وتنشئ المبة غير المسجلة ، إلى جانب الالتزام بنقل الملكية ، جميع الالتزامات الأخرى التي ينشئها عقد المبة في جانب كل من الوهاب والموهوب له . فيلتزم الوهاب ، بموجب عقد المبة غير المسجل ، بتسليم العقار الموهوب إلى الموهوب له ، ويضمن الوهاب للموهوب له التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية على الوجه الذي يضمن به كل ذلك في المبة بعد تسجيلها . وتنشئ المبة غير المسجلة في جانب الموهوب له التزاما بالوفاء بالمعرض إذا كان مشترطا في المبة ، والتزاما بدفع مصروفات المبة ، والتزاما بتسليم العقار الموهوب ، على نحو ما يلتزم بكل ذلك في المبة المسجلة . والمبة غير المسجلة ، قبل التفتين المدنى الجديد ، تصلح سببا صحيحا في التقادم انغمسى ، ولكنها في التفتين المدنى الجديد لا تصلح سببا صحيحا إلا إذا سجلت إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى : والسبب الصحيح مستند يصدر من شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه

(١) انظر الوسيط ، فقرة ٢٧١ .

(٢) وقد نصت محكمة النقض بأن المبة تنتج صحبة بمجرد الإيجاب من الوهاب والتحويل من الموهوب له . أما قتل الملك فليس ركنا من أركان الانقضاء ولا شرطا من شرائط صحتها ، وإنما هو أثر من الآثار المترتبة على فعلها . وقانون التسجيل لم يغير من طبيعة المبة كما لم يغير طبيعة البيع ، بل كل ما استحدثه هو أنه عدل من آثارها بجعله نقل الملكية مترابعا إلى ما بعد التسجيل . وكون المبة عقد تملك متجبر ليس معناه أن قتل الملكية ركن من أركان الانقضاء لو شرطا من شروط صحتها ، بل معناه أنها عقد يرد به التملك للقوى ، تميزا لها عن الوصية التي يرد بها إنسانه التملك إلى ما بعد الموت وينتفى مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمره وتم ١٦٩ ص ٣٧٩) .

(٣) انظر الوسيط ، فقرة ٢٧٣ - فقرة ٢٧٥ .

بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون . وكذلك المدة غير المسجلة لا يؤثر عدم تسجيلها في قابليته هبة ملك الغير للإبطال ، فهبة عقار الغير تكون قابلة للإبطال قبل التسجيل وبمده كما سبق القول^(١) .

فإذا سجلت هبة العقار بقيت متاحة للأثار التي تقدم ذكرها ، وزادت بالتسجيل أن تنقل بالفعل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له متى كان العقار مملوكاً للواهب . وتنقل الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير كما سبق القول . فإذا تصرف مالك العقار في عقاره مرتين متواليتين ، بالهبة أو بالبيع أو بأحدهما في المرة الأولى والثاني في المرة الأخرى ، فمن سبق من المتصرف إليهما إلى تسجيل عقده يفضل على الآخر ، ومن ثم يفضل الموهوب له حتى على المشتري إذا سبق إلى التسجيل . ونرى أن للتسجيل في المدة أثراً راجعاً فيما بين المتعاقدين ، على النحو الذي بسطناه في البيع^(٢) . ونرى أيضاً أنه يشترط لصحة التسجيل في المدة حسن النية ، فإذا سبق الموهوب له إلى تسجيل عقد المدة وهو يعلم أن الواهب قد سبق له التصرف في العقار الموهوب ، جاز للمتصرف له الأول أن يظن بالدعوى البولصية في المدة المسجلة ليجعلها غير نافذة في حقه . وذلك بخلاف البيع ، وقد قررنا في خصوصه أنه لا يشترط حسن النية وإنما يشترط عدم التواطؤ^(٣) ، ذلك أنه لا يشترط تواطؤ الموهوب له مع الواهب لظن في المدة بالدعوى البولصية . بل إن الموهوب له قد يكون حسن النية ، ومع ذلك يجوز للظن في المدة ولو سجلت بالدعوى البولصية متى ثبت أن الواهب كان سعي النية وقت أن صدرت منه المدة ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى البولصية .

(١) انظر أيضاً فقرة ٨١ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ .

المطلب الثاني

تسليم الشيء الموهوب

١٠٢ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ٤٩٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب ، فإن الواهب يلتزم بتسليمه ، وتسرى في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع »^(١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٦١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٨٢ - ولا مقابل له لا في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(٢)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٧٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح وقته ٥٢١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٣ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٦١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل . وجبة المتقول في التقنين العراقي لا تتم إلا بالتفويض (م ٦٠٣ عراق) ، فالتسليم إذن ركن في هذه الجبة لا التزام ، أما في المقار فتم الجبة بالتسجيل في الدائرة المختصة (م ٦٠٢ عراق) . فيلزم الواهب بتسليم المقار الموهوب الموهوب له وفقاً لقواعد المادة . انظر الأستاذ حسن القانون فقرة ٢٩ - فقرة ٣١ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل . وجبة المتقول في التقنين اللبناني لا تتم إلا بالتفويض (م ٥٠٩ م لبناني) ، فالتسليم هنا ركن لا التزام . أما في المقار فتم بالتفويض في السجل العقاري (م ٥٢٠ م لبناني) ، فيلزم الواهب بتسليم المقار الموهوب الموهوب له وفقاً لقواعد المادة .

١٠٣ - تسليم الموهوب والمحافظة عليه حتى التسليم فرع عن التزام

الموهوب بنقل ملكية الموهوب : إذا لم يكن الواهب قد سلم الموهوب فعلا لنتم الهبة إذا كانت يدوية ، فإنه ، في حالة ما إذا كانت الهبة يورقة رسمية في عقار أو مقول أو كانت هبة مسترة ، يلتزم بتسليم الموهوب إلى الموهوب له . وهذا الالتزام بالتسليم فرع عن التزامه بنقل الملكية ، ويترفع أيضاً عن الالتزام بنقل الملكية التزام الواهب بالمحافظة على الموهوب إلى أن يسلمه إلى الموهوب له . وتنص المادة ٢٠٦ مدني في هذا الصدد على أن « الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم » . وإذا هلك الموهوب قبل التسليم دون أن يكون الواهب قد تسبب في هلاكه بفعله العمد أو بخطئه الجسيم ، فإن ثمة الهلاك كما سئرى يتحملها الموهوب له ، ويتخلص الواهب من كلا الالتزامين : التزامه بالمحافظة على الشيء والتزامه بالتسليم .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٩٣ مدني السالفة الذكر : « تسرى في ذلك (التسليم) الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع » . فتسرى إذن هذه الأحكام في المحل الذي يقع عليه التسليم ، وفي الطرق التي يتم بها التسليم ، وفي الجزاء الذي يترتب على إخلال الواهب بالتزام التسليم .

١٠٤ - المحل الذي يقع عليه التسليم : محل التسليم هو الشيء .

الموهوب ، ويلتزم الواهب بتسليمه إلى الموهوب له بالحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة ، وبالمقدار الذي عين له في العقد ، وبالملاحظات التي تتبعه .

فيلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة ، وتعين هذه الحالة على النحو الذي تتعين به حالة المبيع فيما قلناه^(١) . وإذا تغيرت هذه الحالة ، لم يكن البائع مسؤولاً إلا عن قسطه

العمد أو خطأ الجسم^(١) ، وفقاً للمادة ٤٩٦ مدني وسيأتي ذكرها . ويجوز الواهب أن يشترط في الهبة تسليم الموهوب في الحالة التي يكون عليها وقت التسليم ، أو في أية حالة أخرى ، فإن الالتزام بتسليم الموهوب في الحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة ليس من النظام العام .

ويلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالمقدار الذي عين له في العقد . فإذا نقص عن هذا المقدار ، لم يكن الواهب مسئولاً في هذا النقص إلا عن فعله العمد أو خطأه الجسم (م ٤٩٦ مدني) . وإذا زاد على هذا المقدار ، وكان قابلاً للتبعض ، فالزيادة للواهب ، لأنها لم تدخل في الهبة والموهوب لا يضره التبعض . أما إذا كان الموهوب غير قابل للتبعض ، فالظاهر أن قدر الموهوب في هذه الحالة يعتبر وصفاً لا أصلاً ، ولا مقابل للوصف ، فتكون الزيادة للموهوب له دون مقابل^(٢) . ويبدو أن الدعاوى الخاصة بمقدار الموهوب شأنها شأن سائر الدعاوى في مدة التقادم ، ولا تسرى عليها مدة السنة من وقت تسليم الموهوب تسليمياً فعلياً وهي المدة الواردة في المادة ٤٣٤ مدني ، لأن هذا النص جاء على سبيل الاستثناء في خصوص حجز المبيع لو زيادته فلا يتوسع فيه .

ويلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالملحقات التي تنبئ به ، وتحديد ملحقات الموهوب على النحو الذي حددت به ملحقات المبيع^(٣) . فتلتحق بالموهوب الأوراق والمستندات المتعلقة به ، كسندات الملكية عقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسرى على الموهوب له وصورة من السندات التي يستتبعها الواهب لتضمنها حقوقاً أخرى غير حقوق الموهوب له . ويلحق بالموهوب أيضاً حقوق الارتفاق التي قد تكون له ، وكذلك « بوالص »

(١) قانون في البيع الوسيط ٤ فقرة ٢٩٥ .

(٢) قانون في البيع الوسيط ٤ فقرة ٢٩٧ - فقرة ٢٩٩ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٢ .

التأمين التي قد تكون معقودة لتأمينه ويكون الموهوب له بالنسبة إلى هذه
« البوالص » خلفاً خاصاً . وإذا كان الموهوب منزلاً ، ألحق به الأشياء
المتينة فيه ، ولا تدخل في الملحقات المنقولات التي يمكن فصلها دون تلف .
وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، دخل في الملحقات الطرق الخاصة المتصلة
بالطريق العام والمواشي والآلات الزراعية مما يعد عقاراً بالتخصيص
والمخازن ووزاري المواشي وبيوت الفلاحين والمزروعات غير التابعة
بمخلاف التابعة فلها لا تدخل . وتتحدد ملحقات البستان والمصنع
والحيوان والسيارة والأسمم والسندات والأعمال الأدبية والفنية على النحو
الذي تتحدد به في البيع وفقاً لما قلناه في ذلك^(١) .

١٠٥ - كيف يتم التسليم : يتم التسليم بوضع الموهوب تحت

تصرف الموهوب له في الزمان والمكان المعينين .

وطريقة التسليم تكون كما قلنا بوضع الموهوب تحت تصرف الموهوب
له بحيث يتمكن هذا من حيازته ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام
الواهب قد أعلمه بذلك ، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة
الشيء الموهوب . وهذا هو التسليم الفعلي الذي تقرره المادة ٤٣٥ ملغى بالنسبة
إلى البيع ، فيسرى أيضاً على الهبة . فإذا كان الموهوب عقاراً ، فإن وضعه
تحت تصرف الموهوب له يكون أولاً بتخلية الواهب إياه . فإن كان داراً
يسكنها الواهب ، وجب عليه أن يخلها وأن يخرج ما له من أثاث وأمتعة
فيها . وإن كانت أرضاً زراعية ، وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ما له
من مواشي وآلات ونحو ذلك . ثم يأتي بعد ذلك تمكين الموهوب له من
الاستيلاء على الموهوب ، ويقع كثيراً أن يكون مجرد إخلاء العقار منطوياً
في الوقت ذاته على تمكين الموهوب له من الاستيلاء على الموهوب ، ولكن
قد يقتضي الأمر أن يسلم الواهب الموهوب له مفاتيح الدار حتى يتمكن من

(١) انظر المبحث ٤ فقرة ٣٠٢ .

دخولها ، أو مستندات ملكية الموهوب ، أو نحو ذلك . وإذا كان الموهوب متغولاً ، فإن وضعه تحت تصرف الموهوب له يكون عادة بمثابة إياه بدلاً بيد إذا تيسر ذلك . وقد يحصل التسليم أيضاً بتسليم الموهوب له مفاتيح منزل أو مخزن يحتوي المتقول ، أو بتحويل سند الشحن أو الإيداع أو التخزين للموهوب له إن كان الموهوب مشحوناً أو مودعاً أو مغزولاً في جهة ما ، أو بتسليم هذا السند للموهوب له إذا كان السند لحامله . ويحصل تسليم المتقول غير المعين إلا بالنوع بإفرازه في حضور الموهوب له ودعوته لتسلمه^(١) . ويقوم مقام التسليم الفعل في الهبة ، كما في البيع ، التسليم الحكيم . فإذا كان الموهوب في حيازة الموهوب له قبل الهبة ، بإجارة أو إعاره أو وديعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم صلت الهبة ، كان الموهوب له حائزاً فعلاً للموهوب وقت تمام الهبة ، ولا يحتاج إلى استيلاء مادي جديد ليتم التسليم . وإنما يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الموهوب في حيازته ، ولكن لا كستاجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتين ، بل كمالك له عن طريق الهبة . فتغير نية الموهوب له في حيازته للموهوب ، وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت . ويجوز أن يبقى الموهوب في حيازة الواهب بعد الهبة ، ولكن لا كمالك فقد خرج عن الملكية بالهبة ، بل كستاجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتين رهن حيازة أو نحو ذلك . وهذه الصورة الثانية من التسليم الحكيم تصح في التسليم باعتباره التزاماً في الهبة لا ركناً فيها ، فيصح في العقار ، وتصح في المتقول إذا لم تكن الهبة بدوية بل تمت بورقة رسمية أو كانت هبة مسترة . أما إذا كانت الهبة بدوية في المتقول فلا تتم إلا بالقبض ، ولا تعتبر هذه الصورة قبضاً كما سبق القول^(٢) . وقد تقدم الكلام في التسليم الحكيم في البيع ، وما قلناه هناك يسرى هنا^(٣) .

(١) انظر التفصيل في هذه البيع القريب ١ : ققرة ٢٠٥ - ققرة ٢٠٧ .

(٢) انظر أيضاً ققرة ٣٧ .

(٣) طر القريب ١ : ققرة ٢٠٨ .

أما وقت تسليم الموهوب ، فالأصل أن يتم التسليم فوراً بمجرد تمام الهبة ، وهذا إذا لم يتفق المتعاقدان على وقت معين يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بالتسليم في وقت معين ، أو اقتضت طبيعة الموهوب شيئاً من الوقت في تسليمه . وتسرى على الهبة الأحكام المتعلقة بالبيع في هذا الصدد^(١) .

ومكان تسليم الموهوب هو المكان الذي يكون موجوداً فيه وقت تمام الهبة . فإن كان متقولاً غير معين بالذات ، أو كان متقولاً معيناً بالذات ولكن لم يعين محل وجوده ، فالتسليم يكون في موطن الواهب لأنه هو المدين بالتسليم . وهذا كله ما لم يتفق المتعاقدان على مكان آخر يسلم فيه الموهوب^(٢) .

ونفقات التسليم تكون في الأصل على الواهب ، لأنه هو المدين بالتسليم ، وتقضى المادة ٣٤٨ مدني بأن تكون نفقات الوفاء على المدين^(٣) . ولكن يجوز الاتفاق على أن تكون النفقات على الموهوب له ، ويسهل استخلاص هذا الاتفاق ضمناً من ظروف الهبة ، وبخاصة إذا لوحظ أن الواهب يتجرد عن الموهوب بلا مقابل ، فن اليسر استخلاص أنه لم يرد أيضاً تحمل نفقات التسليم^(٤) .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٩ .

(٢) انظر فيما يتعلق بالبيع الوسيط ٤ فقرة ٣١٠ .

(٣) وقد كان المشروع التهديد يتضمن نصاً ، هو المادة ٦٧٨ من المشروع ، يحل مصروفات تسليم الشيء على الموهوب له ، تفسيراً للهبة في أمثيق حدودها (انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التهديد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٢ وص ٢٧٩) . ولكن هذا النص قد حُذف في لجنة المراجعة ، وقيل في سبب حقه إن أحكامه مستفادة من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧١ في الحاشي) . والصحيح أن المستفاد من القواعد العامة أن نفقات التسليم تكون على الملتزم به ، والملتزم بالتسليم هو الواهب لا الموهوب له .

(٤) انظر فيما يتعلق بالبيع الوسيط ٤ فقرة ٣١٢ .

١٠٦ - الجزاء الذي يترتب على أفعول الواهب بالتزام التسليم :

وإذا أخل الواهب بالتزام التسليم على النحو الذي قلناه ، فإن الموهوب له يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً ، فيجبره على التسليم ، وذلك ما لم يكن للواهب حق الرجوع في الهبة واستعمل هذا الحق . أما فسخ الهبة لعدم التسليم ، فلا مصلحة للموهوب له في المطالبة به ، إلا إذا أراد التخلص من التزام فرضته الهبة عليه كمعوض أو شرط .

١٠٧ - تبع هلاك الموهوب قبل التسليم - نص قانوني : وإذا

هلك الموهوب قبل التسليم بسبب أجنبي ، فإنه يهلك على الموهوب له لا على الواهب ، بخلاف البيع . ذلك أن الهبة تكون عادة عقداً ملزماً لجانب واحد هو الواهب ، فإذا انقضت لاستحالة التنفيذ لم يكن هناك التزام على الموهوب له يتحمل منه ، فيكون هو الذي تحمل تبعه الهلاك كما هو الأمر في سائر العقود الملزمة لجانب واحد . ولكن إذا كانت الهبة بعوض ، أو فرض على الموهوب له التزام أو شرط ، فإنه يتحمل منه بانقضاء الهبة لاستحالة تنفيذها ، وفقاً للقواعد العامة .

على أنه إذا هلك الموهوب قبل التسليم وكان ذلك بخطأ الواهب ، فإن كان الخطأ يسيراً بقيت تبعه الهلاك على الموهوب له ، ولم يكن الواهب مسئولاً عن التقصير اليسير . أما إذا تسبب الواهب في هلاك الموهوب بفعله العمد أو بخطئه الجسيم ، فإنه يصبح مسئولاً نحو الموهوب له عن تعويض عادل^(١) . ذلك أن الواهب ، إذا كان لا يسأل عن خطئه اليسير ، فإنه مسئول عن فعله العمد أو خطئه الجسيم ، وذلك وفقاً لما قرره المادة ٤٩٦ مدني فهي تنص على أنه « لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد

(١) ويضع منه الإثبات بطبيعة الحال على الموهوب له ، فلا يستطيع أن يرجع بمسئول عادل على الواهب إلا إذا أثبت فعله عمداً أو خطأ جسيماً في جانيه .

أو خطأه الجسيم^(١) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا هلك الموهوب قبل التسليم لسبب أجنبي ، فالحلاك على الموهوب له ، لأنه لم يدفع مقابلاً حتى يترده كما في البيع . وإذا كان الحلاك بخطأ الواهب ، كان مسئولاً عن تعريض الموهوب له تعريضاً عادلاً . والخطأ الذى يسأل عنه الواهب لا يكون إلا العمد أو الخطأ الجسيم . . . لأنه متبرع »^(٢) . فإذا أتلّف الواهب الموهوب كله أو بعضه ، وكان متعمداً إتياله أو ارتكب في إتياله خطأ جسيماً ، ولم يكن له حق الرجوع في الهبة ، فإنه يلتزم بتعويض الموهوب له عما أتلّفه من الموهوب تعويضاً عادلاً يلاحظ فيه أنه متبرع لم يأخذ مقابلاً لما أعطى^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه في التفتين المدف الجديده ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٢٤ من المشروع النهائى . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، استقر في اللجنة عن كيف تتحقق مسئولية الواهب عن فعله السد أو خطأه الجسيم ، فأجبت بأن ذلك يقع فعلاً ما إذا لم يسلمه الواهب الذى وهب قبل التسليم . فإن كان حلاكه قضاء وقراً أو بتقصير غير جسيم ، فلا تتحقق مسئولية الواهب في حالتين الحالتين . أما إذا هلك بفعل الواهب كعمد أو بخطأه الجسيم ، فإن مسئولية تتحقق . وداخلة اللجنة على النص ، كما وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٦ (مجموعة الأعمال التصديرية) ص ٢٧١ وص ٢٧٢ - ص ٢٧٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدف السابق ، ولذا نلاحظ أن القواعد العامة هي التي كانت تسرى ، وهذه تنفي بالمسئولية حتى من الخطأ الجسيم . والبررة بتاريخ صدور الهبة ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التفتين المدف السابق هي التي تسرى . وإلا فأحكام التفتين المدف الجديده .

ومقابل النص في التفتينات المدفئة العربية الأخرى : في التفتين المدف السوري المادة ٤٦٤ وحكمها مطابق - وفي التفتين المدف الليس المادة ٤٨٥ وحكمها مطابق أيضاً - وفي التفتين المدف العراق المادة ٦١٦ وحكمها مطابق كذلك . ولا مقابل بل لها في تفتين الموجبات والعقود اللبناني

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية في ٤ ص ٢٧٢ .

(٣) وفيه ذلك ما جاء في لجنة الشؤون التشريعية لما سبق بيانه (انظر مجموعة الأعمال

التصديرية ٤ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٤ - وانظر أيضاً نفس الفقرة في الملحق) .

المطلب الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

١٠٨ - التعويض القانوني : تنص المادة ٤٩٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت المبة بعوض . وفي الحالة الأولى يقتدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر . وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أذاه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتفق على غيره .

٢ - وإذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولما كان حكماً موضوعياً في المبة فقد كانت أحكام الفقه الإسلامي هي التي تسرى^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٧٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١ - لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق ، أو إلا إذا كانت المبة بعوض وفي هذه الحالة لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أذاه الموهوب له من عوض ، كل هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ - وإذا استحق الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى بما جعل الحكم في الحالة الأولى مقصوراً على التعريض للعادل حتى لا تسرى أحكام استحقاق المبيع عليها ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٥٢٢ في المشروع الثاني ، ووافق عليه ، مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٤ (مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية بأنه لا معنى من الرجوع إلى الشريعة الفراء في أحكام المبة باعتبارها من المسائل التي أسسها ونظمها الشرع وقصر القانون المدني على الإحالة بكل أسسها وضوابطها . وتنقض أحكام الشرع بأن الواهب لا يضمن للموهوب له التعريض =

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٦٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٨٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٦١٤ - ٦١٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٥٢٢ (١) .

- الحاصل من قبل تأثير والاستحقاق المترتب عليه . فلذا استحق الشيء الموهوب لملكه الحقيقي وليس الموهوب له الذي انتزع منه أن يرجع على الواهب . ويترتب على ذلك أنه إذا كان العقد السائر لهية هو بيع واستحق القمار الموهوب الغير ، فلا يجوز للموهوب له الرجوع على الواهب بأثرن المسمى في عقد البيع المذكور (١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ المصبوعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٦) . فلا ضمان للاستحقاق إلا إذا ضمنه الواهب بشرط خاص ، لو كان الاستحقاق يرجع إلى فعله (استئناف مخطوط ٢٨ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٠ - ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥) .

والعبارة بتاريخ صدور الية ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام القواعد الإسلامية هي التي تسري ، وإلا سرت أحكام التقنين المدني الجديد .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٦٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦١٤ (مطابق لنص المشروع انتهى التقنين المدني المصري) .

م ٦١٥ : إذا تلفت العين الموهوبة ، واستحقها مستحق ، وضمن المستحق الموهوب له ، فلا يرجع هذا على الواهب بما ضمن إلا بالقدر الذي يضمن به الواهب الاستحقاق وفقاً للأحكام السابقة . (والمفروض في هذا النص أن الموهوب له يعلم أن الموهوب غير ملوك الواهب ، ولذلك رجع عليه المستحق بالضمان . فلا يرجع هو بالضمان على الواهب إلا إذا كانت الية موهوم ، فربح بقدر هذا العرض : انظر الأستاذ حسن القنون فقرة ٣٣) ، وتقرن المادة ٥٢٤ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى بالنا .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٥٢٢ : يقوم الموهوب له مقام الواهب في جميع الحقوق والنداءات المختصة به عند نزاع اليد بالاستحقاق . حل أن الواهب لا يلزم بضمان الأحوال الموهوبة إلا إذا نص على العكس أو كانت الية مقيدة بتكليف ، وفي الحالة الأخيرة يكون الواهب مسئولاً عن الاستحقاق على قدر قيمة التكليف . (وتتفق هذه الأحكام في مجملها مع أحكام التقنين المصري ، إلا أن التقنين اللبناني لم يذكر حالة ضمان الواهب بالاستحقاق إذا تسد إخفاء صبه) .

١٥٩ - **ضمان الواهب للتمرص الصادر منه** : لم يذكر النص المتقدم ضمان الواهب للتمرص الصادر منه ، واقتصر على ذكر ضمانه للتمرص الصادر من الغير ولاستحقاق العين الموهوبة . ومع ذلك فلا شك في أن الواهب يضمن التمرص الصادر منه ، فلا يجوز له أن يأتي أعمالاً مادية يتعدى بها على حقوق الموهوب له ، كما لا يجوز له أن يقوم بتصرفات قانونية يكون من شأنها أن تسلب الموهوب له حقوقه ، ما لم يكن ذلك رجوعاً في الهبة في الأحوال التي يجوز فيها ذلك . ولا يجوز له أخيراً أن يتعرض للموهوب له تعرضاً مبنياً على سبب قانوني . وقد فصلنا القول في هذه المسائل عند الكلام في البيع ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

١٦٠ - **ضمان الواهب للتمرص الصادر من الغير** : ويضمن الواهب التمرص الصادر من الغير ، وذلك إذا ادعى الغير حقاً على الموهوب سابقاً على الهبة ، أو تالياً لها وكان مستمداً من الواهب ، وذلك كله على النحو الذي قدمناه في ضمان البائع للتمرص الصادر من الغير^(٢) .

فإذا رفعت على الموهوب له دعوى باستحقاق الموهوب ، فأخطر بها الواهب ، ولم يتدخل هذا في الدعوى ، وجب عليه ضمان الاستحقاق وفقاً للقواعد التي سنقرها فيما يلي ، إلا إذا ثبت أن الحكم الصادر في دعوى الاستحقاق كان نتيجة لتدليس من الموهوب له أو لغلطاً جسيم منه . وإذا لم يخطر الموهوب له الواهب بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فقد حقه في الرجوع بالضمان على الوجه الذي سنقره إذا أثبت الواهب أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها . وبيّث حق الموهوب له في الضمان على الوجه الذي سنبينه ولو اعترف وهو

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٢٨ وما بعدها .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٣٨ وما بعدها .

حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، متى كان قد أخطر الواهب بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل ، كل ذلك ما لم يثبت الواهب أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه . وقد فصلنا القول في ذلك عند الكلام في ضمان البائع للتمرض الصادر من الغير^(١) .

١١١ - ضمان الواهب واستحقاق الموهوب : فإذا نجح الأجنبي المتمرض في دعوى الاستحقاق وقضى له به ، فإن الموهوب له لا يرجع على الواهب بضمان الاستحقاق في جميع الأحوال كما يرجع المشتري على البائع . ذلك أن الموهوب له بخلاف المشتري يتلقى الهبة تبرعاً ، فلا يرجع على الواهب إلا في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يكفي في ذلك أن يقرر للموهوب له أنه يملك الموهوب ، بل يجب أن يتعمد إخفاء سبب الاستحقاق ، كأن يبنى مستنداً يثبت حق الغير في الموهوب ، أو يطمس علامات ظاهرة لحق ارتفاق على العقار الموهوب »^(٢) . وحتى في هذه الحالة لا يزال يدخل في الاعتبار أن الواهب متبرع ، فلا يعامل طبقاً للقواعد العامة بحيث يكون مسئولاً عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع بناء على تعمله إخفاء سبب الاستحقاق ، بل يقتصر القاضى على أن يقدر للموهوب له تعويضاً عادلاً يملّحه بحسب الظروف^(٣) ، ويعوضه بوجه خاص عما تحمل

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٤٧ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٢ .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يترك هذه الحالة لقواعد العيلة ، وكان من مقتضى تطبيق هذه القواعد أن يكون الواهب مسئولاً عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع ، لأنه تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . ولذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا -

من خسارة بسبب الاستحقاق . وإذا كان الموهوب له قد توفى استحقاق الموهوب بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان الواهب إذا كانت له مصلحة في ذلك أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للموهوب له المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات^(١) .

(الحالة الثانية) إذا كانت الهبة بعوض ، أو كان الواهب قد فرض على الموهوب له التزامات أو شروطاً في مقابل الهبة . وفي هذه الحالة يضمن الواهب الاستحقاق ولو كان يجهل سببه ، ولكنه لا يكون مسئولاً إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عرض ، وإن كانت الهبة قد فرضت التزامات وشروطاً على الموهوب له تحل هذا منها ويرث ذمته ، وتقف عند ذلك مسئولية الواهب^(٢) . هذا إذا كان الواهب يجهل سبب الاستحقاق أو يعلمه ولم يعتمد إخفاؤه . أما إذا كان يعلم سبب الاستحقاق ويعتمد إخفاؤه ، فإننا نعود إلى الحالة الأولى ، ولا يقتصر التعويض على استرداد العوض أو التحلل من الالتزامات والشروط ، بل يجب أيضاً أن يعرض الموهوب له تعويضاً عادلاً على الوجه الذي يبيئه فيما تقدم ، ولو جاوز ذلك مقدار العوض أو التحلل من الالتزامات والشروط^(٣) . ويجوز الواهب هنا أيضاً ، إذا كان الموهوب له قد توفى استحقاق الموهوب بدفع مبلغ من النقود

١ - المصدر : « مسئولية الواهب » إما تكون من النشر الذي ارتكبه ، فهو مسئول من النشر الذي أصاب الموهوب له بسبب هذا النشر ، سواء كان متوقفاً أو غير متوقع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٢) .

(١) انظر ٤٤٢ م ملف في البيع ، وانظر الوسيط ٤ فقرة ٣٥٤ .

(٢) وفي الفتحة الختمة إذا استحققت الهبة ، فله موهوب له الرجوع في جميع العوض الذي أداه إن كان قائماً وبمطله إن كان خالطاً وهو مثل أو بقيمة إن كان قيمياً . وإن استحق نصف الهبة ، رجع بنصف العوض (انظر م ٥٢٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى بلشا) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

أو بأداء شيء آخر ، أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للموهوب له المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع القوائد القانونية وجميع المصروفات ، وهذا إذا رأى له مصلحة في ذلك^(١) .

وفي جميع الأحوال - أي في الحالتين السابقتين وفي حالة ما لو كانت الهبة بغير عوض وكان الواهب لم يعتمد إخفاء سبب الاستحقاق - يحل للموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى (م ٤٩٤ / ٢ مدني السالفة الذكر) . فإذا فرض أن الواهب كان قد اشترى العين الموهوبة ، ثم استحققت العين في يد الموهوب له ، فإن للواهب أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع له ، ويحل للموهوب له في هذا الحق محل الواهب . كذلك إذا كان سبب الاستحقاق أن الواهب قد باع العين الموهوبة قبل الهبة ولم يقبض ثمنها ، فرجع المشتري من الواهب على الموهوب له باستحقاق العين ، فإن الموهوب له يحل محل الواهب في الرجوع بالثمن على المشتري^(٢) .

١١٢ - انقضاء على تعريض الضمان : ويجوز للمتعاقدين باتفاق

خاص أن يزيذا ضمان الاستحقاق ، فيتفقاً مثلاً على أن الموهوب له يرجع

(١) وفي غير هاتين الحالتين ، أي حتى لو لم يخف الواهب سبب الاستحقاق ولم تكن الهبة بعوض ، يعرض الواهب الموهوب له ما تحمله من خسارة كمصروفات دعوى الاستحقاق ومصروفات طعة الهبة ، إذا ثبت حل الواهب الفعل العمد أو الخطأ الجسيم ، أي إذا كان يعلم أن الشيء الموهوب غير مملوك له أو كان عدم عليه بذلك يرجع إلى خطأ جسيم في جانب ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٤٩٦ مدني لا تطبيقاً لقواعد ضمان الاستحقاق (انظر في هذا المعنى الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٧٢ ص ١٤٩ هامش رقم ١ - وقارن الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ١٠٩ ص ١٤٥ ، والأستاذ أكثم الخول فقرة ١١٥) .

(٢) ونقول المذكورة الإيضاحية المشروحة التمهيد في هذا الصدد : « وإذا استحق الموهوب وكان الواهب حقوق قبل المشتق ، كما إذا كان قد باع الموهوب قبل الهبة ولم يقبض ثمنه ، فإن الموهوب له يحل محل الواهب في هذه الحقوق » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٧٢) .

على الواهب بضمان الاستحقاق كما يرجع المشتري على البائع حتى لو كان الواهب يجهل سبب الاستحقاق . كما يجوز أن يفتق المتعاقدان على أن الموهوب له يرجع بضمان الاستحقاق كاملاً ولا يقتصر على استرداد العوض ، إذا كانت الهبة بعوض .

كذلك يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يقتضا من ضمان الاستحقاق ، فيفتق مثلاً على أن الواهب لا يضمن ما عسى أن يظهر على المقار الموهوب من حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها الواهب ولو كانت الهبة بعوض ، فإذا ظهرت حقوق ارتفاق على المقار الموهوب لم يضمنها الواهب ، ولم يميز للموهوب له أن يسترد العوض أو شيئاً منه في هذه الحالة . ويبدو أن الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني الواردة في البيع تسري على الهبة من باب أولى ، فقد نصت هذه الفقرة على ما يأتي : « يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري . » فيفترض إذن أن الواهب قد اشترط عدم ضمان حتى الارتفاق إذا كان للموهوب له يعلم بهذا الحق من كونه ظاهراً أو من إخطار الواهب له به ، على النحو الذي بسطناه في البيع^(١) .

ويجوز أخيراً للمتعاقدين باتفاق خاص أن يسقطا ضمان الاستحقاق ، فيفتق مثلاً على أن الموهوب له لا يرجع على الواهب بضمان الاستحقاق أصلاً حتى لو كانت الهبة بعوض . ولكن لا يجوز الانشقاق على إسقاط ضمان الاستحقاق أو إنقاصه في حالة ما إذا تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق ، وذلك قياساً على ما ورد في البيع فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدني على ما يأتي : « ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو يقتضه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حتى لأجنبي^(٢) . »

(١) انظر التوسيط ٤ فقرة ٣٥٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ويجوز الاتفاق -

المطلب الرابع

ضمان العيوب الخفية

١١٣ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ٤٩٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - لا يضمن الواهب خطأ الشيء الموهوب من العيب .
- ٢ - على أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب ، أو ضمن خطأ الشيء الموهوب من العيوب ، كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب . ويكون كذلك ملزماً بالتعويض إذا كانت الحبة بعوض ، على ألاّ يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا العوض^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولما كان حكماً موضوعياً في الحبة فقد كانت أحكام الفقه الإسلامي هي التي تسرى^(٢) .

= على إسقاط الضمان أو تخفيفه أو تشديده ، ولكن لا يجوز إزاحه أن يشترط إسقاط الضمان الذي يترتب على سوء نية » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٧٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٧٦ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، إلا أن عبارة « كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب » الواردة في الفقرة الثانية وردت في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استبدلت بعبارة « الذي يلحقه بسبب العيب » عبارة « الذي يسببه العيب » ، حتى لا يكون العيب نفسه محلاً لتعويض ، بل يكون التعويض عن الضرر الذي يسببه العيب ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين للمدني الجديد ، ووافق مجلس النواب عليه كما أقرته بلته ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠) .

(٢) وفي الفقه الإسلامي لا يضمن الواهب العيوب الخفية . والكبرة بتأويل صغور =

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٦٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٨٤ - ولا مقابل له لا في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(١) .

١١٤ - متى يسمى الواهب العيوب الخفية في الموهوب : يخلص من النص المتقدم الذكر أن الأصل في الحبة أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية لأنه متبرع ، والمفروض أنه لا يريد الجمع بين تجرده من ماله دون مقابل والضمان .

ومع ذلك يضمن الواهب العيوب الخفية في العين الموهوبة في الأحوال التي يضمن فيها الاستحقاق ، وهي :

أولاً - إذا تعمد الواهب إخفاء العيب ، فلا يكفي إذن أن يكون الواهب عالماً بالعيب ، بل يجب أيضاً أن يتعمد إخفاءه . فإذا كان عالماً بالعيب ولكنه لم يتعمد إخفاءه ، لم يجب عليه الضمان .

ثانياً - إذا كانت الحبة بعوض أو في مقابل التزامات وشروط فرضت على الموهوب له ، ففي هذه الحالة يجب على الواهب ضمان العيوب الخفية حتى لو لم يكن يعلم بها ، ولكن على ألاّ يتجاوز التعويض قدر العوض أو المقابل كما سيأتي .

= الحبة ، فإن صدوت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام الفقه الإسلامي ، وإلا فأحكام التقنين المدني الجديد .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٦٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل ، قسرى أحكام الفقه الإسلامي (انظر الأستاذ حسن

اللون فقرة ٣٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ، قسرى القواعد العامة وهي قريبة من أحكام

التقنين المصري .

ثالثاً - إذا ضمن الواهب باتفاق خاص خلو العين الموهوبة من العيوب ،
ثم ظهر عيب . ففي هذه الحالة يجب على الواهب ضمان العيب ، حتى لو لم
يكن يعلم به وحتى لو كانت العبة بغير عوض أو أى مقابل آخر .
وتحديد ما هو المقصود بالعيب الخفى ، وأنه يجب أن يكون مؤثراً قديماً
خفياً غير معلوم للموهوب له ، يرجع فيه إلى ما سبق أن قلناه فى العيوب
الموجبة للضمان فى عقد البيع ^(١) .

١١٥ - ما يرجع به الموهوب له فى ضمان العيب : فإذا وجب على
الواهب ضمان العيب فى أية حالة من الحالات المتقدمة الذكر ، فإن التعويض
الواجب عليه دفعه للموهوب له يراعى فيه هنا أيضاً كما روعى فى ضمان
الاستحقاق أن الواهب متبرع ، فيكون أقل من التعويض الواجب على البائع
دفعه للمشتري فى ضمان العيب الخفى .

ففى حالتى تعدد انقضاء العيب وضمانه خلو العين الموهوبة من
العيوب ، لا يلزم بتعويض الموهوب له إلا عن الضرر الذى يسببه العيب .
فلا يعوض إذن الموهوب له عن العيب ذاته ، أى عن نقص قيمة العين
الموهوبة بسبب العيب ^(٢) وإنما يعوضه عما سببه العيب من الأضرار ، كأن
كان الموهوب حيواناً مصاباً بمرض معد خفى فأعدى حيوانات الموهوب له ،
أو كان الموهوب آلة ميكانيكية بها عيب خفى فأتلقت مالا للموهوب له
بسبب هذا العيب ، أو كان الموهوب داراً انتهكت بسبب عيب خفى فيها
فألحق انهدامها ضرراً بمال للموهوب له وضعه فى هذا الدار . وقد كان

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٦٤ وما بعدها .

(٢) ولا يعوض الواهب عن العيب ذاته ، ويعوض عن الاستحقاق إذا أغنى سببه تعريضاً
عادلاً . وقد رأى المشرع التفريق بين العيب والاستحقاق فى هذا الصدد ، إذ العيب أخف جسامه
من الاستحقاق (قارن الأستاذ أكثم انقوله فقرة ١١٢) .

المشروع التمهيدى لنص المادة ٤٩٥ ملئ يلزم الواهب « بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يلحقه بسبب العيب » ، فكان يدخل فى التعويض نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب . ولكن لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أدخلت تعديلا فى هذه العبارة ، فصار الواهب « ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يسببه العيب » : وذلك « حتى لا يكون العيب نفسه عملاً للتعويض ، بل يكون التعويض عن الضرر الذى يسببه العيب »^(١) .

وفى حالة ما إذا كانت الهبة بعوض أو بمقابل ، وظهر بالعين عيب خفى يضمنه الواهب ، فإنه يعرض الموهوب له عن الأضرار التى لحقت به بسبب العيب ، وكذلك عن نقص قيمة العين الموهوبة ، على ألاّ يجاوز التعويض فى كل ذلك مقدار العوض أو المقابل المشروط على الموهوب له . فإذا كان الواهب قد تعمد إخفاء العيب فى الهبة بعوض أو بمقابل ، أو ضمن خلل العين من العيوب ، وجب عليه تعويض الموهوب له عن كل الخسارة التى تسبب فيها العيب على الوجه الذى سبق بيانه ، ولو تجاوزت هذه الخسارة مقدار العوض أو المقابل^(٢) .

١١٦ - الاتفاق على تعديل : ويجوز باتفاق خاص بين المتعاقدين تعديل أحكام ضمان العيب المتعلّمة بالذكر . وقد رأينا أن الواهب يجب عليه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٠ - وانظر آنفاً فقرة ٤٤٦ فى الماخذ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٣ - ويبدو أن المادة ٤٥٢ مدنى المتعلقة بتقديم دعوى ضمان العيب الخفى فى عقد البيع بانقضاء سنة من وقت تسليم البع خاصة بمقدار البيع وحده ، فلا تنسرى على دعوى ضمان العيب الخفى فى عقد الهبة (انظر آنفاً فقرة ٣٧٧) .

هذا ويجعل الموهوب له محل الواهب فيما لهذا من حقوق ودعاوى يسبب العيب الخفى على النحو الذى رأيناه فى ضمان الاستحقاق (انظر آنفاً فقرة ٥٤٤) . فإذا كان الواهب مثلاً حق الرجوع بالعيب الخفى على من تلق منه الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محله فى هذه الدعوى .

ضمان العيب إذا هو ضمن خطأ العين الموهوبة من الميوب ، فهذا اتفاق خاص من شأنه إيجاد ضمان لم يكن واجباً عليه . ويمحور كذلك الاتفاق على تشديد هذا الضمان ، بأن يتفق المتعاقدان مثلاً على أن يضمن الواهب ، ليس فحسب الحساسة التي سببها العيب ، بل أيضاً نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب .

ويمحور الاتفاق على إنقاص الضمان ، كأن يتفق المتعاقدان على ألا يضمن الواهب عيماً معيماً بالذات في المبة بعوض ، فإذا ظهر هذا العيب لم يكن الواهب ملزماً بتعويض الموهوب له عنه حتى في حدود العوض .

ويمحور الاتفاق أخيراً على إسقاط الضمان ، كأن يتفق المتعاقدان على ألا يضمن الواهب أى عيب يظهر في العين الموهوبة في المبة بعوض حتى في حدود هذا العوض . ولكن لا يحوز الاتفاق على إسقاط الضمان ولا على إنقاصه في حالة تعدد الواهب إن شاء العيب .

المبحث الثاني

التزامات الموهوب له

١١٧ - **التزامات المحمودة :** الأصل أن الموهوب له لا يلتزم بشيء ، إذ يطلب أن تكون المبة تبرعاً محضاً فتكون عقداً ملزماً لجانب واحد هو جانب الواهب دون جانب الموهوب له . ولكن حتى في هذه الحالة يفرض في كثير من الأحوال أن المتعاقدين قد أرادا أن يتحمل الموهوب له نفقات عقد المبة ونفقات التسليم على نحو ما يلتزم به المشتري .

وقد تكون المبة بعوض أو بمقابل من التزامات أو شروط تفرض على الموهوب له ، ففي هذه الحالة يلتزم الموهوب له بأداء هذا العوض أو المقابل .

ومن ثم تكون التزامات الموهوب له المحتملة التزامين : (١) الالتزام بأداء العوض أو المقابل . (٢) الالتزام بنفقات المبة .

المطلب الأول

الالتزام بأداء العوض أو المقابل

١١٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة » .
وتنص المادة ٤٩٨ على ما يأتي :

« إذا تبين أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض المشروط ، فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب »^(١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٩٧ : ورد هذا النص في المادة ٦٧٩ من المشروع النهائي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وكان المشروع النهائي يزيد فقرة ثانية نصها كالآتي : « ويكون الواجب الحق في القضاء العوض إذا هو قام بتنفيذ الالتزامات التي يخضعها عليه هذه المبة . وينتقل هذا الحق من الواجب إلى ورثته . ويجوز للأجنبي الذي اشترط العوض لمصلحته أن يطلب بأداء العوض ، وفقاً للأحكام المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير ، فإذا كان العوض مشروطاً للمصلحة العامة ، كان لسلطة المختصة ، بعد موت الواهب ، حق المطالبة بأدائه » . وقد حلت هذه الفقرة الثانية في لجنة المراجعة ، لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ، وأصبح رقم المادة ٥٢٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٦) .

م ٤٩٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٨١ من المشروع النهائي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٢٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨) .

ولا مقابل لهذين النصين في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة .

ويقابلان في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٤٦٥ - ٤٦٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٨٦ - ٤٨٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٦١٨ - ولا مقابل لها في تقنين الموجبات والعقود البناني^(١) .

١١٩ - الموهوب المشروط : قلنا أن الواهب قد يشترط على الموهوب له عوضاً يؤديه في مقابل الهبة . فقد يهب داراً ويشترط على الموهوب له أن يرتب له إيراداً طول حياته يقرب من ريع الدار ؛ أو أن ينفق عليه ، ويكون العوض في هذه الحالة لمصلحة الواهب . وقد يكون العوض لمصلحة أجنبي ، كأن يهب الواهب الدار ويشترط على الموهوب له أن يسكن معه فيها أحد أقاربه . وقد يكون العوض للمصلحة العامة ، كأن يهب شخص مالا لجمعية خيرية ويشترط عليها أن تنشئ مستشفى أو مدرسة أو ملجأ أو نحو ذلك^(٢) .

وحتى تحفظ الهبة بطابعها التبرعى ، يجب أن تكون قيمة العوض المشروط أقل من قيمة المال الموهوب ، حتى يكون الفرق بين التيمين هبة

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٦٥ - ٤٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦١٨ (مطابق للمادة ٤٩٧ من التقنين المدني المصري - ولا مقابل

في التقنين المدني العراقي للمادة ٤٩٨ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود البناني : لا مقابل ، ولكن نصوص التقنين المصري تنفق

مع القواعد العامة .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩١ .

محضة . أما إذا كانت قيمة العرض تترب من قيمة المال الموهوب أو تزيد عليها ، ويعلم الموهوب له ذلك ، فإن العقد يكون معاوضة لاهية . لكن قد يشترط الواهب على الموهوب له عوضاً تزيد قيمته على قيمة المال الموهوب ، دون أن يعلم الموهوب له ذلك بل يكون محضاً وقت قبول الهبة أن العرض لا تزيد قيمته على المال الموهوب . ففي هذه الحالة قد يستطيع الموهوب له أن يطلب إبطال الهبة لغلط جوهرى . وهو على كل حال ، ما دام قد قبل التعاقد على أنه هبة ، لا يكون ملزماً بأن يؤدي من العرض إلا بمقدار قيمة المال الموهوب ، فيجب إنقاص العرض إلى هذا المقدار (م ٤٩٨ مدني) .

١٢٠ - من لم من المطالبة بالعرض : وإذا قام الواهب بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه عقد الهبة ، كان له الحق في مطالبة الموهوب له بأداء العرض المشروط ، سواء كان العرض مشروطاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة . وينتقل هذا الحق من الواهب إلى ورثته .

فإذا كان العرض مشروطاً لمصلحة أجنبي ، جاز لهذا الأجنبي أيضاً أن يطالب بأداء العرض ، طبقاً للقواعد العامة المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير .

وإذا كان العرض مشروطاً للمصلحة العامة ، جاز لكل من الواهب ومن يمثل هذه المصلحة المطالبة بأداء العرض . فإذا مات الواهب ، كان لمن يمثل المصلحة العامة أو للسلطة المختصة هذه المطالبة .

وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذا المعنى حذف في لجنة المراجعة ، لأن حكمه مستفاد من هذه القواعد^(١) .

(١) مبيعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٦ - وانظر أيضاً فقرة ١١٨ في الملمس .

١٢١ - جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالعوض : وقد كان المشروع الفهمي يشتمل على نص هو المادة ٦٨٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : ١ (١) إذا اشترط الواهب العوض مصلحته ، وامتنع الموهوب له عن أدائه دون عذر مقبول ، كان للواهب أو لورثته من بعده أن يسترد الشيء الموهوب وفقاً لأحكام الإثراء دون سبب ، وبالقدر الذي كان ينبغي أن يستخدم الشيء لأداء العوض . (٢) ويكون الرد بدفع هذا المقابل تقدماً ، حتى لو لم ترد الهبة على نقود . على أنه يجوز للموهوب له أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة ، إذا هو رد الموهوب ذاته في الحالة التي يكون عليها وقت الرد . (٣) ولا يكون هناك محل للرد إذا تمحّض العوض لمصلحة أجنبي ، كما أنه لا يثبت هنا الحق لورثة الواهب إذا كان العوض مشروطاً لمصلحة عامة . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (٤) .

فلا يبقى إذن ، بعد حذف النص المتقدم الذكر ، إلا تطبيق القواعد العامة في التعرف على جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالعوض . وهذه تقضي بأنه إذا امتنع الموهوب له عن أداء العوض دون عذر مقبول وكان العوض مشروطاً لمصلحة الواهب ، فللواهب أو لورثته من بعده المطالبة بالتنفيذ المعنى وإجبار الموهوب له على أداء العوض حيناً إذا كان ذلك ممكناً . فإذا لم يكن التنفيذ المعنى ممكناً ، وجب على الموهوب له التعويض طبقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن . ويجوز أيضاً للواهب أو لورثته المطالبة بفسخ الهبة لعدم أداء العوض (٥) ، لأن الهبة بعوض عقد ملزم للجانبين ، يرد عليه الفسخ طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن . ولكن يستطيع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٥ في الملحق .

(٢) عكة الإسكندرية للكلية الحظية ١١ ديسمبر سنة ١٩١٧ جزيء ٨ رقم ٢٩

الموهوب له أن يتضادى الفسخ بأن يعرض الوفاء بالعوض عيناً إذا كان ذلك ممكناً .

وإذا كان العوض مشروطاً لمصلحة أجنبي ، جاز لكل من الواهب الأجنبي المطالبة بالتنفيذ العيني . وجاز أيضاً للواهب وحده أن يطلب فسخ الحبة ، ولا يصح الفسخ على الأجنبي حقه إذا كان قد قبل الاشتراط لمصلحته ، ف يرجع بما يعادل العوض على الواهب ، إلا إذا كان الاشتراط بالنسبة إلى الأجنبي تبرعاً يجوز للواهب الرجوع فيه . وليس في كل ذلك إلا تطبيق القواعد العامة المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير^(١) .

وإذا كان العوض مشروطاً لمصلحة عامة ، جاز لكل من الواهب ومثل هذه المصلحة المطالبة بالتنفيذ العيني كما سبق القول . وجاز أيضاً للواهب وحده أن يطلب فسخ الحبة ، على أن يؤدي العوض المشروط للمصلحة العامة ما لم يكن تبرعاً يجوز الرجوع فيه .

هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة ، فلا يسرى من أحكام النص المحذوف إلا ما يتفق مع هذه القواعد ، أما ما خرج عليها فلا يسرى لأن النص قد حذف^(٢) .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٣٧٨ ص ٥٧٨ .

(٢) فلا يسرى من أحكام النص المحذوف استرداد الواهب أو رده مقابل نقدياً للعوض حتى لو لم ترد الحبة على نقد ، وعدم جواز فسخ الحبة من الواهب إذا تمحض العوض لمصلحة أجنبي ، أو من رده إذا كان العوض مشروطاً لمصلحة عامة .

وليس العوض حق امتياز على الشيء الموهوب ، لأن الامتياز إنما يقتصر لمن على الشيء المبيع ، فإذا كانت حقيقة الحبة يماً وكان العوض هو الممن كان هناك امتياز (الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ، ص ١٥١) .

وإذا وفي الموهوب له العوض ثم امتنع في يد الواهب ، جاز أن يرجع في حبه . وإن ورد الاستحقاق على بعض العوض ، فلا يرجع بشيء حتى يرد ما بقى من العوض . لأن الباقي منه يصلح لإحباط الرجوع ، ولهذا لو عوزه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه فيه . إلا أنه لم يرض^{٥٥}

١٢٢ - العوض هو الوفاء بربود الواهب - نص قانوني :

قدماً أن الواهب قد يشترط على الموهوب له مقابلاً له ، وتكون لهذا المقابل صور مختلفة . فقد يفرض الواهب على الموهوب له شروطاً والتزامات لمصلحة الموهوب له نفسه ، وقد يفرض عليه مقابلاً لمصلحته هو أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة كما رأينا في العوض^(١) .

وقد يشترط الواهب مقابلاً هو أن يفي الموهوب له بديون الواهب . وفي هذا المعنى ورد نص صريح في التتقين المدني هو المادة ٤٩٩ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : " ١ - إذا اشترط الواهب عوضاً عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزماً إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ - وإذا كان الشيء الموهوب مثقلاً بحق عيني ضماناً للدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك " (٢) .

= يسقط حقه إلا بسلامة كل العوض ، فإذا لم يسلم له كله ، كان له الخيار إن شاء رضى بما يق من العوض ، وإن شاء رد الباقي عليه ورجع في الهبة (انظر مختصر الأستاذ محمد زيد ص ٤٣٦ - ص ٤٣٧ . وانظر م ٥٢٣ من قانون الأحوال الشخصية لقنوي بلشا) .

(١) انظر أيضاً فقرة ٩١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٨٢ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التتقين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٢٧ من المشروع الثاني ، ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٩ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٧٨ - ص ٢٧٩ وص ٢٨١) .

ولا مقابل للنص في التتقين المدني السابق ، ولكن الحكم تطبيق القواعد العامة .

ومقابل في التتقينات المدنية للجمعية الأخرى : في التتقين المدني السوري ٤٦٧ (مطابق) - وفي التتقين المدني الليبي م ٤٨٨ (مطابق) - وفي التتقين المدني العراقي م ٦١٩ (مطابق) - وفي تتقين الموجبات والنفود انبثالي م ٥٢٣ ، وتجري على الوجه الآتي : " إذا كانت الهبة =

فإذا اشترط الواهب على الموهوب له وفاة ديونه ، وأطلق دون أن يعين هذه الديون ، فالمقروض أنه أراد الديون الموجودة وقت تمام الحبة ، لا الديون التي تجدد بعد ذلك ، وذلك تفسيراً للالتزام في أضيق حدوده لصالحه المدين : فيجب في هذه الحالة أن يقوم الموهوب له بوفاء هذه الديون دون غيرها ، فإذا وفاها برئت ذمته من التزامه نحو الواهب ، وإذا لم يوفها واضطر الواهب إلى وفاتها يرجع هذا عليه بما وقي . والزام الواهب بوفاء الديون هو التزام نحو الواهب لا نحو أصحاب هذه الديون ، فليس لهؤلاء - ما لم يكن الواهب قد اشترط لمصلحتهم - أن يجبروا الموهوب له أن يوفهم هذه الديون ، وإنما يرجعون بديونهم على الواهب ، وهذا يرجع على الموهوب له كما قلنا . ويجب ألا تزيد قيمة الديون التي تعهد الموهوب له بوفاتها على قيمة المال الموهوب ، وألا يلتزم الموهوب له إلا بأداء قيمة ما يساوي قيمة المال الموهوب من الديون (م ٤٩٨ مدني) .

وقد يشترط الواهب على الموهوب له الوفاء بديون جدد بعد الحبة ، ولا بد من اتفاق خاص على ذلك ، ويجب ألا يكون مجموع الديون التي يتعهد الموهوب له بوفاتها تزيد قيمته على قيمة المال الموهوب كما سبق القول .

وإذا كانت العين الموهوبة مثقلة بحق عيني ضمانا للمدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر ، فالمقروض دون حاجة إلى اتفاق خاص أن الواهب قد أراد من الموهوب له أن يدفع هذا الدين كمعوض في الحبة ، فيكون الموهوب له ملتزماً نحو الواهب بوفاء هذا الدين ، ما لم يشترط في عقد الحبة عدم التزامه به . والحق العيني الذي يثقل العين الموهوبة ضماناً

= مقيدة بشرط إيفاء ديون الواهب ، فلا يدخل تحت هذا الشرط إلا الديون التي حدثت قبل الحبة ، ما لم ينص على العكس . (والنص متفق في الحكم مع الفقرة الأولى من نص المقتضى المصري ، أما الفقرة الثانية من هذا النصين الأخير فتتفق مع القواعد العامة) .

لدين قد يكون رهناً رسمياً أو حق اختصاص أو رهناً حيازياً أو حق امتياز . فإذا كان الدين المضمون بهذا الحق العيني ثابتاً في ذمة الواهب ، أداه الموهوب له ، ولم يرجع على الواهب ما دام الدين لا يزيد على قيمة المال الموهوب . أما إذا كان الدين ثابتاً في ذمة الغير ، وجب أيضاً على الموهوب له أن يؤديه ، ولكنه يرجع على المدين الأصلي بما وقاه عنه كما كان يرجع الواهب^(١) .

وسواء افترض أن الموهوب له قد ألزم نحو الواهب بأداء الدين المضمون بالحق العيني أو لم يفترض ذلك بأن اشترط الموهوب له في عقد الحبة عدم التزامه بالدين ، فإن الموهوب له باعتباره قد انتقلت إليه ملكية العين المثقلة بالحق العيني يكون مسئولاً عن الدين نحو الدائن مسئولية عينية ، وللدائن حق التمتع بفضل حقه العيني فيقتاضى الدين من العين الموهوبة . ويرجع الموهوب له عندئذ على المدين الأصلي إذا كان الدين في ذمة الغير ، كما سبق القول . أما إذا كان الدين في ذمة الواهب ، ولم يشترط الموهوب له عدم التزامه به ، فإنه يكون بالنسبة إلى الدائن في موقف المالك عليه ، ويبقى الواهب ملزماً هو أيضاً بالدين حتى يقر الدائن هذه الحالة وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٢٢ مدنى . وإذا اشترط الموهوب له عدم التزامه بالدين ، ولكن اضطر إلى دفعه بموجب الحق العيني الذى يشترط العين الموهوبة ، فإنه يرجع في هذه الحالة على الواهب بما دفع .

وليس فيما قلناه إلا تطبيق للقواعد العامة ، وقد ورد ذكر كل ذلك في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٢) .

(١) قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٧٩ - والأستاذ أحمد الخولى ص ١٦٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١ .

المطلب الثاني

الالتزام بنفقات المبة

١٢٣ - المؤصل أنه تكوره نفقات المبة على الموهوب له : الأصل قياساً على البيع - أن تكون نفقات المبة ، من مصروفات القصد وأتماع المالحى ورسوم الممة والتسجيل ومصروفات تسلّم العين الموهوبة ونقلها ، على الموهوب له . وذلك تفسيراً للهبة في أضيق حدودها ، فلا يجمع الواهب بين التجرد عن ماله دون مقابل وبين تحمل هذه المصروفات . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذا المعنى ، هو نص المادة ٦٧٨ ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « نفقات المبة على الموهوب له ، ويدخل في ذلك مصروفات القصد ورسوم الممة والتسجيل وما يصرف في تسليم الشيء الموهوب »^(١) وتسلمه ونقله ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأن أحكامه مستفادة من القواعد العامة^(٢) .

١٢٤ - ولكن يجوز بالاتفاق أنه تكوره هذه النفقات على الواهب ؛ ولكن الغالب في المبة المحضة أن يكون الواهب قد أراد أيضاً أن يحمل هذه النفقات حتى يصل المال الموهوب إلى الموهوب له خالصاً من كل تكليف . فيجوز إذن الاتفاق على أن يتحمل الواهب مصروفات القصد بل ومصروفات تسلّم العين الموهوبة ، ويجوز أن يستخلص وجود هذا الاتفاق ضمناً من ظروف المبة^(٣) .

(١) كان هذا النص يقضى أيضاً ، كما نرى ، بحمل مصروفات التسليم على الموهوب له علواً لقواعد العامة . فلما حذف ، وجب الرجوع إلى القواعد العامة : فصيح هذه المصروفات على الواهب (انظر آنفاً فقرة ١٠٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧١ - انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٦١٧ من القانون المدني العراقي (الاستاذ حسن الفتون فقرة ٢٨) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٩ .

الفرع الثاني

الرجوع في الهبة

١٢٥ - من الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي : سار التقنين المدني الجديد على تقاليد التقنين المدني السابق ، وهذه تنقضي اتباعاً للمذهب الحنفى في الفقه الإسلامى يجوز الرجوع في الهبة إلا إذا قام مانع من الرجوع . ولم تنقُ مذاهب الفقه الإسلامى في جواز الرجوع في الهبة ، فالمذهب الحنفى هو الذى يميز الرجوع إلا لمانع . ولما كان هو المذهب الذى يسرى على الأحكام الموضوعية للهبة في عهد التقنين المدني السابق ، فقد استبقاه التقنين الجديد .

أما المالكية والشافعية والحنابلة فلا يجوزون الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة ، هى حالة هبة الوالد لولده^(١) . وهى ما تسمى عند المالكية باعتصار الهبة^(٢) ، فيعصر الأب - أى يأخذ قهراً - ما وهبه لولده . وتستند هذه المذاهب الثلاثة إلى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يعمل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها ، إلا الوالد فيها يعطى ولده » . فإذا وهب الوالد ولده ، ذكرراً أو أنثى ، مالا ، فله أن يرجع في هبته إذا رأى وجوب التسوية بين أولاده في ماله ، فلا يؤثر أحدهم بهبة دون الآخرين . وفي مذهب مالك إذا وهبت الأم ولدها هبة ، فإن كان وقت الهبة كبيراً كان لها الاعتصار ، وإن كان صغيراً كان لها الاعتصار إن كان للصغير أب نجب

(١) وهناك رأى في الفقه الإسلامى - يحكى عن أهل الظاهر وهو رواية عن أحمد بن حنبل - ينقضى بأنه لا يجوز الرجوع في الهبة أصلاً ، ويشمل المنع من الرجوع هبة الوالد لولده . ويستدل أصحاب هذا الرأى بالحديث : « لعائد في هبته كالعائد في قبته » ، وبأن الهبة عند تعليق متجز كالبيع فلا يجوز الرجوع فيها (المنقذ ص ٦٠٨) .

(٢) انظر في اعتصار الهبة في مذهب مالك الخرشي ص ١١٢ - ص ١١٥ .

نفقته عليه . وفي مذهب الشافعي إن وهب الوالد للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع ، لأن الأب لا يتهم في رجوعه فهو لا يرجع إلا للضرورة أو لإصلاح الولد . وكما يجوز الرجوع للأب والجد ، يجوز الرجوع للأم والجدة ، وقيل لا رجوع إلا للأب والأم فقط ، وقيل للأب فقط . وفي مذهب أحمد بن حنبل للأب الرجوع فيها وهب لولده ، وظاهر المذهب أن ليس للأم الرجوع .

وأما عند الحنفية ، فالموهوب له يملك الموهوب ملكاً غير لازم ، فيجوز الواهب الرجوع في هبة كما سبق القول . ويستندون في ذلك إلى حديثين من النبي عليه السلام ، أحدهما يقول « الواهب أحق بهته ما لم يشب منها » ، والآخر يقول « إذا كانت الهبة للهبة للهبة لم يرجع » . ويؤيدون جواز الرجوع في الهبة بأن الواهب إنما قصد من هبته غرضاً ، قد يكون صلة الرحم وقد يكون العوض المالى وقد يكون نيل الثواب وقد يكون التودد والمجاملة وقد يكون غير ذلك . فإذا ظهر أن غرضه قد تحقق ، كما في صلة الرحم والعوض المالى ونيل الثواب ، لم يجوز له الرجوع . ومن ثم لا يجوز الرجوع في الهبة ما بين الزوجين والهبة للهبة للهبة للهبة للهبة للهبة للهبة . وفيها عدا ذلك يترك الأمر إليه ، فهو الذى يكشف عن ذلك بالرجوع في الهبة إذا كان غرضه لم يتحقق ، ويعلم الرجوع إذا كان غرضه قد تحقق . وإنما ترك الأمر إليه وحده لأن الغرض الذى قصد إليه من الهبة أمر خفى لا نستطيع تبينه ، فكان له القول الفصل في ذلك . ومن ثم جاز له الرجوع في الهبة ، على ألا يتعارض مع حقه في الرجوع حتى آخر ، أى على ألا يوجد مانع من الرجوع يبطل حقه^(١) .

(١) جاء في المبسوط للرخسى (جزء ١٢ ص ٥٢ - ص ٥٤) : « المقصود من الهبة لأجانب العوض والمكافأة ، والمرجع في ذلك إلى العرف والعادة الظاهرة أن الإنسان يهب إلى من غرضه ليصونه بماله ، وإلى من غرضه ليعينه ، وإلى من يساويه ليحبه . . وهذا يبين »

١٢٦ - من الزموج في الية في التفتين المرفى : وقد سار التفتين

« أن حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عتفا ، بل يمكن الخلل في المقصود بالعقد على معنى أن المعروف كالتسروط . ولا يقال إنما يقصد العوض بالتجارات فأما المقصود بالية إظهار الجود والسخاء والتودد والتعجب وقد حصل ذلك ، وهذا لأن العوض في التجارات مشروط وفي التبرعات مقصود ، ومعنى إظهار الجود أيضاً مقصود ، فإما يمكن الخلل في بعض المقصود ، وذلك يمكن للفسخ . . . وقد بينا الفرق بين هذا والأخيرين والفرق بين حصول ما هو المقصود هناك ويمكن الخلل فيما هو المقصود هنا ، ولهذا يحتاج إلى القضاء أو الرضا في الرجوع لأنه بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض من حيث أن السبب يمكن الخلل في المقصود ، فلا يبر إلا بقضاء لم رضاه . »

وجه في البائع (جزء ٦٠ ص ١٢٨) : « حق الرجوع في الية ثابت عتفا . . . لأن العوض المالى قد يكون مقصوداً من جهة الأجنب ، فإن الإنسان قد يهب من الأجنب إحساناً له وإنما طبعه ، وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة . . . وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنب ، وفوات المقصود من عقد يجعل للفسخ يمنع لزومه . . . كما في البيع إذا وجه المشتري بالبائع حياً لم يخرجه العقد لعدم الرضا عنه عدم حصول المقصود وهو السلامة ، كما هو هنا . »

ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم ، في معنى أن الرجوع في الية موكول إلى الواب لعذر يستقل هو تقديره لأنه أمر غير لا يمكن ضبطه ما يأتي : « إن الذي يعطى للدية فإما يعطى لأمر غير ، فقد يعطى عرضة لوجه الله تعالى قصداً للواب الآخرة ، وقد يعطى لأجل العوض المالى أو لحظاً فهو طبعه ، وقد يعطى لأجل صلة الرحم أو لأجل التودد والتعجب إلى الموهوب له أو لأجل المكافأة على جميل سابق أو لأجل الرشوة ، إلى غير ذلك من الأغراض ، والعرف المسعر أهم شاهد بذلك . فإن كان الواب عرض دفنوى من جهة ، ففسخه لا تطيب بالية إذا لم يحصل عرض ، وإن كان عرضه وجه الله تعالى ففسخه طبعه بما أعطى بدون انتظار عرض دفنوى . لكن ذلك أمر غير لا يمكن ضبطه ، إذ المرجح فيه العرف والمادة والقرائن ونية المولى . فإذا طلب الرجوع فيما وهب ، طعننا أن له عرضاً دفنوى فيما أعطى ، وإلا فلا . وإنه فيكون ملك الموهوب بعد قبضه ملكاً تلقائياً لعدم تبين عرض الواب وطبعه ففسخه به ، وعلى ذلك نتبع له باب الرجوع إنما لم تطبق ففسخه بما أعطى . وهذا نظر جيد جداً ، ولا مخالفة بينه وبين القول بلمحتاج الرجوع في الية مع وجود أحد الموانع البنية ، لأن ذلك إما متى على أداة أخرى رجعت على ما تقدم ، وإما لوجود قرينة تدل على طبعه ففسخه بما أعطى بدون انتظار مكافأة طبعه . هذا هو منه المأخذ » (إلزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٥٢) .

المدنى الجديد على المذهب الحنفى كما قدمنا ، حتى لا يغير الأحكام التى استقرت فى عهد التتئين المدنى السابق ، ولكنه اشترط فى حق الرجوع بغير التراضى وجود عنر مقبول . فقرر أن الأصل جواز الرجوع فى الهبة بالتراضى ، شأن الهبة فى ذلك شأن أى عقد آخر . ولكن الهبة تتميز عن العقود الأخرى بأن الواهب يجوز له أن يرجع فى الهبة دون رضاه الموهوب له ، إذا استند فى ذلك إلى عنر مقبول يقره القضاء ولم يوجد مانع من الرجوع . ويترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن ، بما يستتبع ذلك من نتائج .

فنبعث إذن مسألتين : (١) متى يجوز الرجوع فى الهبة (٢) الآثار التى تترتب على الرجوع فى الهبة .

المبحث الأول

متى يجوز الرجوع فى الهبة

١٢٧ - المبرمج بالتراضى أو بالتقاضى : يجوز للواهب كما قدمنا أن يرجع فى الهبة إما بالتراضى مع الموهوب له ، وإما بالتقاضى دون رضاه الموهوب له .

المطلب الأول

الرجوع فى الهبة بالتراضى

١٢٨ - النصوصى لقانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٠٠ من التتئين المدنى على ما يأتى :

و يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك ،^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٨٢ من المشروع التتئينى على وجه مطابق لما اضطرطه فى التتئين المدنى الجديد . وأصبح فى لجنة المراجعة كفقرة أول ، فى المادة ٥٧٨ =

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكنه يتفق مع الأحكام الموضوعية للهيئة في الفقه الإسلامي وهي التي كانت تسمى في عهد التقنين السابق .

ويقال في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ١ / ٤٦٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ١ / ٤٨٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٢٠ (العبارة الأولى) - ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

من المشروع التأن ، وأصبح مطابقاً . ووافق عليه مجلس النواب . و اقترح في لجنة مجلس الشيوخ حذف النصوص الخاصة بالرجوع في الية ، فرفضت اللجنة هذا الاقتراح ، وجاء في تقريرها في هذا الصدد ما يأتي : « اقترح حذف المواد من ٥٠٠ إلى ٥٠٤ الخاصة بالرجوع في الية ، مادامت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية لم تعدل ، فضلاً عن أنها لا تنسرى في حق غير المصرين لأنهم خاضعون لقانون جنسيتهم في خصوص الأحكام الموضوعية للية . ولم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح ، لأن نص المادة ١٦ مطلق ومتنفس إطلاقه إخراج الية بأسرها من نطاق القانون المدني لا إخراج الرجوع فحسب . والحال في الواقع غير ذلك ، ولا سيما من حيث الاختصاص القضائي ، فالمحاكم الأهلية هي التي تفصل في جميع مسائل الية وفي الرجوع فيها ، بل وفي أهلية الواهب . وليس للية في تصوير القانون المصري من الاتصال بالميراث والروابط العائلية ما يبرر إدخالها في الأحوال الشخصية على نحو ما تفعل التشريعات الغربية . بل لقد اضطفت المحاكم في جواز الرجوع في الية في مصر ، فذهبت بعض المحاكم إلى عدم جواز ذلك استناداً إلى قواعد القانون المدني ، وذهبت أحكام أخرى إلى جواز ذلك وفقاً لقواعد الشريعة ، وأيدت هذا الرأي أخيراً محكمة النقض ، وقد أراد المشروع أن يحسم الخلاف بخصوص واضحة . وترى اللجنة من ذلك وجوب حذف الإشارة إلى الليات في المادة ١٦ من لائحة تنظيم المحاكم الأهلية عنه تمهيداً لتناسل زوال المحاكم المخططة . ويلاحظ من ناحية أخرى أن ورود قواعد الية في القانون المدني لا يستتبع وجوب تطبيقها على الأجانب . فقد قن المشروع قواعد الأهلية ولا يمس ذلك تطبيقها على الأجانب ، لأن مرجع سرعان الأحكام الموضوعية في حق الأجانب هو قواعد الإسناد . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص كما هو ، ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٥٠٠ (مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٨٢ - ٢٨٥) .

(١) تقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٤٦٨ (مطابق) .

١٢٩ - **الراضى على الرجوع في الهبة هو إقالة من الهبة :**
إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وتراضى معه الموهوب له على هذا الرجوع ، فإن هذا يكون إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جدبدلين شأن الإقالة من أى عقد آخر ، ولا تتميز الهبة في ذلك عن سائر العقود .
غير أن الإقالة هنا ، بنص القانون (م ٥٠٣ ملغى) ، لها أثر رجعى ، فتعتبر الهبة كأن لم تكن كما سيأتى . ومن ثم يجب حماية الغير حسن النية ، وهو من كسب حقاً عينياً من الموهوب له على الموهوب قبل الإقالة ، وسيأتى بيان ذلك عند الكلام في الآثار التي ترتب على الرجوع في الهبة .
ويلاحظ أن التراضى يتم به الرجوع في الهبة في جميع الأحوال ، سواء كان هناك مانع من الرجوع في الهبة أو لم يكن ، وسواء وجد عند الواهب عذر مقبول للرجوع أو لم يوجد . وسرى أن التقاضى ، بخلاف التراضى ، لا يتم به الرجوع في الهبة إلا إذا لم يكن هناك مانع من الرجوع وكان عند الواهب عذر مقبول (١) .

١ - التقنين الملقى اليه م ١/٤٨٩ (مطابق) .

التقنين الملقى العراق م ٦٢٠ (العبارة الأولى) : الواهب أن يرجع في الهبة برضه للموهوب له . (وهذا الحكم متفق مع حكم التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن القنون قرة : ٤٨) .

تقنين الموجبات والعقود الجنان : لا تماثل . ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة .

(١) وقد جاء في المذاكرة الإيضاحية للشروح التمهيد في هذا المعنى ما يأتي : « إذا طلب الواهب النسخ وقدم لذلك طرأ مقبولا ، فإن التقاضى بالرغم من ذلك لا يحكم بالنسخ إذا وجه مطلق من موانع الرجوع في الهبة ، بخلاف النسخ بالتراضى فلا يجوز بالهبة مطلقه مطلقه » (مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٩١) .

المطلب الثاني

الرجوع في الهبة بالتقاضي

١٣٠ - **النصوص القانونية :** تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٠٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع »^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكنه يتفق مع الأحكام الموضوعية للهبة في الفقه الإسلامي ، وهي التي كانت تسرى في عهد التقنين السابق^(٢) .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٦٨ / ٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٤٨٩ / ٢ - وفي التقنين المدني

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٨٣ من المشروع التمهيدي على وجه مقارب لما منظر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح في لجنة المراجعة كفقرة ثانية في المادة ٥٢٨ من المشروع النهائي ، وأصبح مطلباً . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٥٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن إذا كان القانون المدني (السابق) لم يصرح بتأني إلى أمر الرجوع في الهبة ، وليس فيما وضعه لها ولأسباب انتقال الملكية وزوالها من نصوص ولا فيما أوردته للالتزامات من أحكام عامة ، ما يتفق الرجوع في الهبة ، كان لا متفوعة من الرجوع في هذا الأمر إلى قانون الأحوال الشخصية ، سافرة كالت الهبة المستوعدة (نقض مدف ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة حر ٥ رقم ١٨١ ص ٣٩٠) . وقضت أيضاً بأن الرجوع في الهبة حائض في ظل القانون المدني القديم للشريعة الإسلامية ، وحكما في ذلك أن الرجوع لا يصح إلا برضاء الموهوب له أو بتقضاء القاضي (نقض مدف ١١ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام نقض ٥ رقم ٨٠ ص ٥٢٢) . وانظر عكس ذلك وفي أن أحكام القانون الفرنسي هي التي تسرى لا يجوز الرجوع في الهبة : نيت حر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ الجمعية القضائية ١٠٨ ص ٢٢ .

المراق م ٦٢٠ (العبارة الأخيرة) - وفي تقنين الموجبات والمقود البناني م ١/٥٢٧^(١) .

١٣١ - فيود الرجوع في الهبة بغير التراضي : ويخلص من النص المتقدم الذكر أن رجوع الواهب في الهبة ليس أمراً تخكياً يجري على حسب إرادته المطلقة . فهو إذا لم يتراض مع الموهوب له على الرجوع ، وأراد أن يرجع بإرادته وحده ، يتقيد بقيود ثلاثة :

أولاً - هناك هبات لازمة لا يجوز فيها الرجوع إلا بالتراضي ، وهذه هي الهبات التي يقوم فيها مانع من موانع الرجوع ، وسيأتي ذكرها .

ثانياً - وفي الهبات غير اللازمة التي لا يقوم فيها مانع من موانع الرجوع ، لا يجوز للواهب بغير التراضي أن يرجع في الهبة بإرادته المنفردة إلا إذا كان عنده علم مقبول للرجوع . وقد أورد المشرع أمثلة من الأحكام المقبولة سيأتي بيانها .

ثالثاً - وهذا العلم المقبول لا يترك إلى تقدير الواهب وحده ، بل يراقبه فيه القضاء . فإذا رأى القاضي أن العلم الذي يقدمه الواهب للرجوع

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٤٦٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٤٨٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٢٠ (عبارة الأخيرة) : فإن لم يرض (الموهوب له) كان الواهب حق الرجوع متى تحقق سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري - انظر الأستاذ حسن الفنون بقرة ٤٨) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ١/٥٢٧ : تبطل الهبة بناء على طلب الواهب إذا لم يتم الموهوب له أو إذا كان من القيام بأحد الشروط أو التكاليف المفروضة عليه .

(ويقتصر التقنين البناني العلم المقبول في الرجوع في الهبة على عدم قيام الموهوب له أو على كونه من القيام بالشروط أو التكاليف المفروضة عليه) .

في هبته عنده مقبول ، أقره عليه وقضى بفسخ الهبة ، وإلا امتنع من إجابة طلبه وأبقى الهبة قائمة . ومن هنا نرى أن الرجوع بالتقاضي في الهبة هو فسخ قضائي لما بنا على طلب الواهب ، يسوغه عنده مقبول متروك إلى تقدير القاضي كما هو الأمر في فسخ العقد بوجه عام .

وقد أراد التفتين المدني الجديد أن يحدد من إطلاق المذهب الحنفي في الرجوع في الهبة . فالظاهر في هذا المذهب أن الواهب هو الذي يستقل بتقدير العذر في الرجوع دون رقابة عليه . ويمكن في ذلك أن يرفع الأمر إلى القضاء ، إذا لم يترأس مع الموهوب له على الرجوع ، حتى يجيبه القضاء إلى طلبه^(١) . فقيد التفتين المدني من هذا الإطلاق بأن أوجب للرجوع في الهبة عنده مقبولا عدد أمثلة منه ، ولم يجعل الواهب يستقل بتقدير هذا العذر ، بل جعل القضاء رقيباً عليه في ذلك ، فقد يجيبه إلى طلبه وقد يرفض هذا الطلب^(٢) . وبذلك أكسب التفتين المدني عقد الهبة قوة في الإلزام لم تكن له على الظاهر من المذهب الحنفي^(٣) .

(١) انظر المبسوط للرمي ١٢ ص ٥٣ - ص ٥٤ - البدائع ٦ ص ١٢٨ - الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٢ - وفي المراجع السابقة الإشارة إليها في فقرة ٥٥٨ في الماشي .
وقلن الأستاذ محمود جبال الدين زكي فقرة ٧٩ والأستاذ أكثم الخول فقرة ١٢٣ - فقرة ١٢٤ .

(٢) انظر ما دار في لجنة مجلس الشيوخ في هذا الصدد في مجموعة الأعمال لتخضير ٤ ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨ وانظر ما يلى فقرة ١٤٢ في الماشي - وانظر حكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٤ المجلد ٣٦ رقم ١١٠ ص ٢٥٨ .

(٣) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « والرجوع في الهبة قللت أحكامه من الحرية الإسلامية . فإلية يجوز الرجوع فيها بالتراضي أو بالتقاضي . وقد حدد للمشروع هذه القاعدة تحديداً واضحاً ، فليس متناهما أن الهبة يجوز الرجوع فيها إطلاقاً ، بل يشترط في الرجوع - إذا لم يرض للموهوب له - أن يكون عند الواهب عذر مقبول فيه . ولورد المشروع لحظة من العذر للمقبول ما يقرب الحرية الإسلامية من القوانين الأجنبية . » هناك »

وقد فرغنا من الكلام في القيد الثالث من قبود الرجوع في الهبة بغير التراضي ، وهو الفسخ التفضائي بعد رفع الأمر إلى التراضي ليقضى بالفسخ إذا رأى أن هناك عنراً مقبولا . ويبقى أن نبث القيدين الأولين ، فقد قدمنا أن الواهب لا يجوز له الرجوع في الهبة بغير التراضي إلا إذا كانت الهبة غير لازمة بعدم قيام مانع من الرجوع ، وكان لديه عنر مقبول للرجوع في الهبة .

« موانع الرجوع في الهبة نفلت عن الشريعة الإسلامية كما قلنا قديرا بلشا في كتابه عن الأحوال الشخصية . ويمكن القول بوجه عام إنه المشرع أكسب عقد الهبة سلبية وقوة في الإلزام على النحو الذي ينبغي أن يكون لعقد هو - وإن كان تبرعا - ملزم للمتأخرين كسائر العقود » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٢) . وجاء في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية : « ويتبين من ذلك أن الرجوع في الهبة ليس تحكيا من جهة الواهب ، بل هو لا يستطيع الرجوع إلا إذا تراضى في ذلك مع الموهوب له . . . ويعتبر هذا التراضي إقالة من الهبة . فإذا لم يكن هناك تراض ، فلا يجوز لواهب الرجوع إلا لعذر يقبله القاضي ، ويمتنع الرجوع إذا لم يوجد العذر المقبول . فالحبة إذن لا تزال محتفظة بصفاتها الملزمة إلى حد كبير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٠ - ص ٢٩١) .

عل أن حق الرجوع في الهبة - مقيدا بهذه القيود - يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز لواهب أن يتفق مع الموهوب له مقدما على الفزول عنه ، وإنما يجوز له ، به قيام العذر في الرجوع ، أن يزل من هذا الحق به وجوده . جاء في المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدية : « ويلاحظ أن الواهب إذا تنازل عن حق الرجوع ، فإن تنازله لا يعتبر ، ويجوز له الرجوع بالرغم من هذا التنازل : م ٥١٥ من قانون الأحوال الشخصية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٢) . ونصت المادة ١/٥٣٠ من نقتين الموجبات والفقود البتاني عل أنه « لا يجوز البعول مقدما عن دعوى إبطال الهبة بسبب المجهود . وتسقط هذه الدعوى بحكم مرور الزمن به سنة واحدة تطعن من يوم علم الواهب بالأمر » .

وحكم الفقه الإسلامي في هذه المسألة أنه يجوز لواهب الصلح عن حق الرجوع ، ويعتبر البطل في هذه الحالة كمعرض عن الهبة . ولا يجوز له إسقاط هذا الحق ، لأنه حق الشارح (الأستاذ أحد إيرايم في التزام التبرعات مجلة للقانون والاقتصاد ٣ ص ٥٢) .

انظر الأستاذ محمد كامل مرسى ٤ العقود المسبقة ٢ فقرة ١٧١ - وقارن الأستاذ محمود حال التميز زكي فقرة ٨٢ والأستاذ آكم الخول فقرة ١٤١ .

فتبحث إذن مسألتين : (١) الملبت اللازمة لأقيام مانع من موانع الرجوع (٢) العذر المقبول للرجوع في المبة .

§ ١ - المبات اللازمة

(موانع الرجوع في المبة)

١٣٢ - التصرف في المبة : تنص المادة ٥٠٢ من التفتين المنفى

على ما يأتي :

« يرفض طلب الرجوع في المبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

(أ) « إذا حصل للشئء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة

قيمته ، فإذا زال المانع عاد حتى الرجوع » .

(ب) « إذا مات أحد طرفى عقد المبة » .

(ج) « إذا تصرف الموهوب له في الشئء الموهوب تصرفاً نهائياً ،

فإذا انقصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع في

الباقى » .

(د) « إذا كانت المبة من أحد الزوجين للآخر ، ولو أراد الواهب

الرجوع بعد انقضاء الزوجية » .

(هـ) « إذا كانت المبة للنوى رحم محرم » .

(و) « إذا هلك الشئء الموهوب في يد الموهوب له ، سواء كان

الملاك بفضله أو بمحدث أجنى لا يده له أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك

إلا بعض الشئء جاز الرجوع في الباقى » .

(ز) « إذا قلم الموهوب له عوضاً عن المبة » .

(ح) « إذا كانت المبة صلقة أو عملاً من أعمال البر^(١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٨٦ من المبروع التفتين المنفى .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكنه يفتق مع الأحكام الموضوعية الهبة في الفقه الحنفي وهي التي كانت تسرى في عهد التقنين المدني السابق^(١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٤٩١ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٢٣ - وفي تقنين الموجبات والقيود اللباني م ٢/٥٣٠ و٣/٢٠٠ .

مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيها عدة الفقرة (ز) ، فقد جرت في المشروع التمهيد على الوجه الآتي : « إذا قدم الموهوب له بهد الهبة عوضاً قبله الوهاب ، عل ألا يكون هذا العوض هو بعض الموهوب ، وإذا أعطى العوض عن بعض الموهوب جاز الرجوع في الباقي ، وإذا استحق العوض كله أو بعضه عاد الوهاب الحق في الرجوع إذا هو رد الموهوب له ما لم يستحق من العوض ، وفيها عدة الفقرة (ح) ، فقد جرت في المشروع التمهيد على الوجه الآتي : « إذا كانت الهبة صفقة . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة (ز) بجمل تقديم العوض مانعاً الرجوع في الهبة سواء أكان العوض حائراً أم لاحقاً لها ، عل بالرأى الرابع في الشريعة الإسلامية ، وأصبح رقم المادة ٥٣٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة : « أو عل من أعمال البره إلى الفقرة (ح) حتى ترتفع شبهة أن الصفقة لا تشمل أعمال البر لأنها في الواقع تشملها ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٩ - ص ٢٩٠ وص ٢٩٢ - ص ٢٩٤) .

(١) انظر الأستاذ محمد كامل مرسي في العقود للمادة ٢ فقرة ١٤٠ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٧٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٩١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٢٣ (موافقة في أحكامها لتقنين المدني المصري ، وبترتيب مالم هو أن يجب الثابتان الذين لا يستطع الوهاب أن يرجع في الهبة - انظر الأستاذ حسن الكلون فقرة ٥٥ - فقرة ٦٥) .

تقنين الموجبات والقيود اللباني م ٢/٥٣٠ و٣/٢٠٠ : ولا ينتقل حق الوهاب في إقالة تلك الموهوب (موهوب ليطالب الهبة بالجمود) إلى ورثته إذا كان مختصراً عل إيلتها ولم يمتل . وكذلك -

١٣٣ - تقسيم موانع الرجوع إلى موانع فأنزوت الهبة وموانع

تطراً بمرها : ويمكن تقسيم موانع الرجوع الثمانية التي عدتها المادة ٥٠٢ مدني إلى قسمين رئيسيين .

(أ) موانع قائمة منذ صدور الهبة ، وترجع إلى أن الغرض من الهبة قد تحقق نظراً إلى طبيعة الهبة ذاتها . وهذا الغرض إما أن يكون عوضاً دينوياً ، أو ثواباً أخزوبياً ، أو برأ بين الزوجين ، أو صلة للأرحام . فإذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة ، أو كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر ، أو كانت من أحد الزوجين للأخر ، أو كانت للولي وحرم محرم ، فقد تحقق غرض الواهب ، ويتكشف ذلك في وضوح من طبيعة الهبة ذاتها . ويترتب على ذلك أن الهبة في هذه الأحوال الأربعة تكون هبة لازمة منذ صدورها ، ولا يجوز للواهب الرجوع فيها ولو لعلة ، ما لم يكن الرجوع بالتراضي بينه وبين الموهوب له .

(ب) موانع تطراً بعد صدور الهبة ، فتحول دون الرجوع لقيام حق أقوى . وهذه الموانع إما أن ترجع إلى أحد المتعاقدين ، وإما أن ترجع إلى الشيء الموهوب . فالذي يرجع إلى أحد المتعاقدين هو أن يموت الواهب فلا ينتقل حق الرجوع إلى ورثته ، أو يموت الموهوب له فيكون حق ورثته أقوى من حق الواهب في الرجوع . والموانع التي ترجع إلى الشيء الموهوب هو أن يزيد زيادة متصلة أو يهلك أو يتصرف الموهوب له فيه ، فيقوى حق الموهوب له ويرجع على حق الواهب في الرجوع .

- لا تصح إقامتها على ورثته الموهوب له إذا لم تكن قد أقيمت على الموهوب له قبل وفاته .
(ولم يذكر التفتيش الثاني إلا هذا المانع - موت أحد طرفي عقد الهبة - من موانع الرجوع في الهبة) .

ونبحث هذه الموانع مرتبة على هذا النحو .

١ - موانع قائمة منذ صدور الهبة

١٣٤ - **الهيئة بوضوح** : إذا قلم الموهوب له عرضاً عن الهبة أو التزم بشروط أو تكاليف لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة ، فإن الهبة تكون لازمة منذ صدورهما ، ولا يجوز للواهب الرجوع فيها إلا بالتراضي مع الموهوب له . وقد يقدم الموهوب له العرض أو يلتزم بالشروط والتكاليف بعد صدور الهبة ، فتلزم الهبة من وقت تقديمه العرض أو التزامه بالشروط والتكاليف بعد أن كانت غير لازمة وقت صدورها^(١) .

فلذا قلم الموهوب له للواهب عرضاً عن هبته وقبلها هذا ، سواء كان العرض مقدماً في عقد الهبة ذاته أو بعد صدور هذا العقد ، امتنع على الواهب الرجوع في الهبة لتحقق غرضه منها بأخذ البذل الذي ارتضاه عنها^(٢) . ويستند الفقه الحنفي في ذلك إلى حديث النبي عليه السلام : « الواهب أحق بيبته ما لم يثب عنها » . ولكن هذا الفقه يشترط في

(١) وقد كان المشروع التمهيد للفقهاء الملقب الجديد يحلل المانع من الرجوع أن يقدم الموهوب له بعد الهبة عرضاً قبله الواهب ، على ألا يكون هذا العرض هو بعض الموهوب ، وإذا أعطى العرض من بعض الموهوب ، جاز الرجوع في الباقي . وإذا استحق للعرض كله أو بعضه ، عاد الواهب الحق في الرجوع إذا هو رد للموهوب له ما لم يستحق من العرض . فعلى هذا النص في لجنة المراجعة على نحو يحل « تقديم العرض مانعاً للرجوع في الهبة ، سواء أكان العرض ماصراً للهبة أم لاحقاً لها ، عملاً بالرأي الراجح في الشريعة الإسلامية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٠ و ص ٢٩٢ - وانظر أيضاً فقرة ١٣٢ في المجلد ١) .

وانظر في العرض المتأخر من العقد في الفقه الحنفي البدائع ٦ ص ١٣٠ - ص ١٣٢ .

(٢) وتبين أحكام النص المنفرد سارية لاعتبارها مع قصد المتعاقدين وأحكام الفقه الإسلامي . فلذا كان العرض بعض الموهوب جاز الرجوع في الباقي ، وإذا استحق للعرض كله أو بعضه عاد الواهب الحق في الرجوع إذا هو رد للموهوب له ما لم يستحق من العرض .

العوض شرائط الهبة من القبض والإفراز ، ولم يرد هذا الشرط في التصنين الملقى . بل أطلق العوض فشمّل العوض الذى يلتزم به الموهوب له ولو لم يقبضه الواهب ، وشمّل أيضاً جميع الشروط والتكاليف التى يلتزم بها الموهوب له كما سبق القول . ويصح أن يكون العوض مقدماً من أجنبي ، مادام الأجنبي قد قدمه عوضاً من هبة الواهب .

ولو وهب الموهوب له شيئاً للواهب ولم يذكر أن ما وهب له عوض من هبة ، كان هبة مبتدأة ، ولكل منهما أن يرجع في هبته^(١) .

١٣٥ - الصرف وأعمال البر : وقد تكون الهبة على سبيل الصدقة ابتغاء الثواب في الآخرة . فهذه هبة لازمة لا يجوز للواهب الرجوع فيها إلا بالترضى ، لأن غرضه من الهبة وهو نيل الثواب قد تحقق بمجرد صدور الهبة ، فحال مقابل أدياً يعدل المقابل المادى الذى رأيناه في العوض ، فلا محل بعد ذلك للرجوع بعد أن تحقق الغرض . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد يسقط الواهب حقه في الرجوع لا لفائدة مادية يتلقاها من الموهوب له ، بل لفائدة أديّة . وذلك بأن تكون الهبة صدقة ، فلا يجوز الرجوع في الصدقة لأنها قرينة لوجه الله تعالى ولو كانت لغنى : م ٢/٥٢٩ من قانون الأحوال الشخصية^(٢) » .

ويلحق بالصدقة أعمال البر فلا يجوز للواهب الرجوع في هذه الأعمال ، إذ قد تحقق غرضه من الهبة بنيل الجزاء المعنوى الذى يبيغّه . مثل ذلك أن يهب الواهب جمعية خيرية ماله لتأسيس مستشفى أو مدرسة أو ملجأ أو نحو ذلك من أعمال البر ، ففي هذه الحالة لا يجوز للواهب الرجوع

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٩

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٢ .

في هيته . وقد كان المشروع التمهيدى للتصنيف المبنى الجديد لم يذكر أعمال البر إلى جانب الصدقة لمنع فيها الرجوع ، فأضيفت أعمال البر في لجنة مجلس الشيوخ ، حتى ترتفع شبهة أن الصدقة لا تشمل أعمال البر ، لأنها في الواقع تشملها^(١) .

١٣٦ - **الرجوع بين الزوجين** : والهبة بين الزوجين هبة لازمة منذ صلورها ، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير رضا الموهوب له . ذلك أن الزوج إذا وهب زوجته ، أو وهبت الزوجة زوجها ، فإن الهبة في هذه الحالة مقصود بها توثيق عرى الزوجية ما بين الزوجين ، وقد توثقت فعلا بالهبة ، فصحق غرض الواهب ، ولم يعد يستطيع الرجوع وحده في هيته بعد أن تحقق غرضه^(٢) .

وحتى تكون الهبة بين الزوجين لازمة لا يجوز الرجوع فيها ، يجب أن تصدر حال قيام الزوجية قبل الدخول أو بعده . فهبة الخطيب لخطيبته أو الخطيبة لخطيبها قبل قيام الزوجية يجوز الرجوع فيها وفقا للقواعد المقررة في الرجوع ، وبخاصة إذا لم يتم الزواج كما سبق القول^(٣) . وهبة الرجل لمطلقة أو المطلقة لمطلقها بعد انتهاء الزوجية يجوز أيضاً الرجوع فيها طبقاً للقواعد المقررة . أما إذا وقعت الهبة وقت قيام الزوجية ، فإن الهبة لا يجوز الرجوع فيها كما قلنا ، حتى لو كان الرجوع بعد انتهاء الزوجية بالطلاق أو بالموت^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٩٤ . وانظر أيضاً فقرة ١٣٢ في المباحث .

(٢) ويلاحظ أن القانون الفرنسى حل عكس ذلك ، فالحبة فيه لازمة في الأصل ، فلذا وقعت بين الزوجين كانت غير لازمة .

(٣) انظر أيضاً فقرة ٩٤ .

(٤) استئناف مخطط ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٧ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م

٤٢ ص ١٨٦ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٣٩ - محكمة الإستهادية الابتدائية المخططة =

١٢٧ - **المهبة لدى رجم محرم** : والمهبة للمحارم مهبة لازمة ، لأن غرض الواهب منها ، وهى صلة الرحم ، قد تحققت بصلور المهبة ذاتها ، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بنير التراضى مع الموهوب له . ويستند هذا الحكم إلى حديث عن النبي عليه السلام : « إذا كانت المهبة لذى رحم محرم ، لم يرجع فيها » . ولا بد من اجتماع الوصفين للمنع من الرجوع : الرحم والمهرمية . فإذا وجد أحدهما دون الآخر ، لم يتمتع الرجوع . فإذا وهب لذى رحم غير محرم ، كأولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات ، جاز الرجوع . كذلك يجوز الرجوع إذا وهب لمهرم غير ذى رحم ، كأم الزوجة والأخت في الرضاع^(١) .

= ٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ٢٣٩ ص ٣٦٠ - محكمة الإسخندرية الابتدائية المخططة
٦ يونيو سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١٤٧ ص ١٧٤ .

وهناك قول في المذهب الحنفى يفرق بين مهبة الزوج لمزوجه ومهبة الزوجة لزوجها . فالأول لا يجوز لزوج الرجوع فيها أصلاً . أما مهبة الزوجة لزوجها ، فيجوز للزوجة الرجوع فيها إذا هي ادعت أن الزوج استكرهها على المهبة ، فعوى الإكراه مسوعة من الزوجة لا من الزوج لا اختيار الظاهر ، إذ يظهر أن الزوج يتسكن من إكراه زوجته والزوجة لا تتسكن من إكراه زوجها (الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات بمجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٠) . ويبدو أن حكم هذه المسألة في القانون الملقى يجب استخلاصه من القواعد العامة ، فلا يجوز في الأصل للزوجة أن ترجع في هبتها لزوجها ، ولكن لما أن تعلق في المهبة بالإكراه الأدب أو الشوكة والنفوذ من جانب زوجها . فإن أثبتت ماتدعيه ، ولما أن تثبت ذلك بجميع طرق الإثبات وتدخل لينة والقرائن ، كان لما أن تطلب إبطال المهبة للإكراه . ومن القرائن على الإكراه مركز الزوجة من زوجها ، وقيمة الشيء الموهوب ، والظروف التى صدرت فيها المهبة .

(١) وقد قلنا ما قررته المذهب الثلاثة غير المذهب الحنفى في جواز احصار الولد (انظر آتياً فترة ١٢٥) . وفي لفظه الحنفى يرجع الولد في هبته لولده بنير قضاء ولا قضاء عن طريق الإلتفاق على نفسه من مال ولده عند الحاجة إلى ذلك ، لا عن طريق الرجوع في المهبة (المبسوط للرسى ١٢ ص ٥٤ - البائع ٦ ص ١٢٨ - فتح القدير ٧ ص ١٢٢) . وقد قبضت محكمة الاستئناف المخططة بمجوز رجوع الولد فيها وجه لايته حتى يهد لقبضه وهون حاجة إلى تراض أو تقاض ، ولو كان الولد قد نزل من حقه في الرجوع (٨ يناير سنة ١٩٢٤ =

(ب) موانع تطراً بعد صدور الهبة

١٣٨ - موت أحد المتأخرين : وقد تم الهبة غير لازمة ويجوز الرجوع فيها لعذر مقبول ، ثم يطراً على أحد العاقدين ما يمنع من الرجوع ، فتلزم الهبة بعد أن كانت غير لازمة . ويتحقق ذلك بموت الواهب أو بموت الموهوب له .

فإذا مات الواهب ، امتنع على ورثته الرجوع في الهبة ، وذلك لأن حق الرجوع حق متصل بشخص الواهب ، وهو وحده يقدر الاعتبارات التي يراها مبرراً لطلب الرجوع في الهبة . فلا ينتقل هذا الحق إلى ورثته ، ويرجع حق الموهوب له في هذه الحالة .

وإذا مات الموهوب له وانتقل الشيء الموهوب إلى ورثته ، لم يميز الواهب عند ذلك الرجوع في الهبة وانزعاع الشيء الموهوب من ورثة الموهوب له . ذلك أن حق الورثة على الموهوب قد ثبت بالميراث واطمأنت الورثة إلى ذلك ، فإذا تعارض حقهم مع حق الواهب في الرجوع كان حقهم أقوى وحال دون الرجوع . وتقول الحنفية في تبرير هذا الحكم إنه بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته ، وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم ، كما إذا انتقل إليهم في حال حياته بسبب آخر ، ولأن تبدل الملك كبديل العين فصار الموهوب كأنه عين أخرى فلا يكون للواهب عليها من سبيل^(١) .

١٣٩ - زيادة الموهوب زيادة منهية : وتلزم الهبة ، بعد أن كانت غير لازمة يجوز الرجوع فيها ، إذا زاد الشيء الموهوب زيادة متصلة

٣٣ م ص ١١٧) ، ويطلب أن يكون ذلك أخفاً بالذهب الحنفى من أن الزايد ينقل على نفسه من مال ولده عند الحاجة .

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦١ .

موجبة لزيادة قيمته . وقد تكون الزيادة المتصلة متولدة من الموهوب كالزروع والنبات والكبر والسن ، وقد تكون غير متولدة منه كالطمي والبناء والفراس . والزيادة في الحالتين تمنع الرجوع وتجعل الهبة لازمة ، ما دامت تزيد في قيمة الموهوب . وتقول الحنفية في السبب في منع الرجوع للزيادة المتصلة المتولدة إن من ملك شيئاً ملك تمامه تبعاً له لأن النماء ناشئ من ملكه ، فتكون الزيادة المتصلة المتولدة ملكاً خالصاً للموهوب له ليس نواهب فيها شيء . فيتعارض حقان : حق الموهوب له في الزيادة وحق الواهب في الرجوع . وحقيقة الملك أقوى من حق الرجوع ، ف يرجع عليه ، فيمتنع . وتقول في الزيادة المتصلة غير المتولدة إن أخذ الواهب الأصل يضر بالموهوب له فيما بناء أو غرسه ، فيبقى حق الموهوب له على حق الواهب^(١) . وإذا زالت الزيادة الماتمة من الرجوع ، كأن حصد الزرع أو أزيل البناء أو قلع الغرس ، عاد حق الواهب في الرجوع ، لأنه إذا زال المنع رجع المنوع .

أما إذا كانت الزيادة منفصلة ، سواء كانت متولدة كتاج المواشي أو غير متولدة كبيع الدار أو كآلة وضعت في الأرض الموهوبة ، فلها لا تمنع الواهب من حق الرجوع . ذلك أنه يستطيع الرجوع في أصل الشيء الموهوب دون ضرر يلحق الموهوب له ، إذ الزيادة منفصلة يستطيع هذا أن يستبقها ويرد الموهوب^(٢) . كذلك لا يمنع من الرجوع ارتفاع ثمن الموهوب (م ٢/٥١٦ من قانون الأحوال الشخصية لقلودي باشا) ، وذلك لأن عين الموهوب لم تزد في ذاتها ، وإنما الزيادة في قيمتها لأمر خارج عنها وهو كثرة الرغبات^(٣) .

(١) الاستاذ أحمد إبراهيم في التزام التجارات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٢ .

(٢) غير أنه إذا كان ولد الهبة الموهوبة لا يستفي عنها ، وجب ترك الهبة منه للموهوب له حتى يستفي عنها ولها .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجرعة الأعمال التجارية ٤ ص ٢٩٢ - ٣٠٠

١٤ - **مهلك الشيء الموهوب** : وإذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له ، سواء كان الملاك بسبب أجنبي أو بفعل الموهوب له أو باستعماله إياه ، امتنع على الواهب الرجوع في هبته . ذلك أن الموهوب له لا يضمن الملاك أو الاستهلاك ، لأن المالك أو المستهلك ملكه . فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء الموهوب ، جاز للواهب الرجوع في الباقي ، لانقضاء المانع من الرجوع في هذا الباقي ^(١) .

ويلحق بهلاك الشيء الموهوب تفريده من حالة إلى حالة حتى تزول صورته الأولى ، بأن كان حنطة فطحنت دقيقاً ، أو دقيقاً فصجن خبزاً ، أو قطعة من ذهب فصيغت حلية ، أو لبنا فصنعه جبناً أو سمناً ، ذلك أن الشيء الموهوب قد زال بتغير صورته ، فأصبح الرجوع في الأصل معتزلاً والموجود شيء آخر غير الموهوب ^(٢) .

١٤١ - **تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب** : وإذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً ، فزال عنه ملكه بأى سبب كان من الأسباب الناقلة للملك كالبيع والهبة ، أو الأسباب المسقطه للملك كالوقف ، أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب حتى الرجوع . ذلك

= الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التجارات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٢ . أما إذا نقل الموهوب له الشيء الموهوب من مكان إلى مكان فإحداث قيمته في المكان الثاني ، فإن حق الرجوع في الهبة ينتج على القول الصحيح ، وذلك لما فيه من تقويت ما أتفق في نقل الشيء الموهوب (الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التجارات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٢ - وقارن الأستاذ أكرم الحول فقرة ١٢٩) .

(١) للملكة الإيضاحية المشرع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٢٩٢ .

(٢) الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التجارات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦١ -

أن إخراج الموهوب له الشيء الموهوب من ملكه وتعليكه لغيره أو إسقاطه إنما حصل بتسليط الواهب ، فلا يجوز لهذا أن يتنقض ما تم من جهته ، ولأن تبدل الملك كبديل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها^(١) . وفي هذا الحكم أيضاً حماية للغير الذي انتقل الملك إليه من الموهوب له ، فيأمن أن يرجع الواهب عليه ويسترد العين منه إذا جاز له الرجوع في هبة .

أما إذا كان التصرف غير نهائي ، بأن باع الموهوب له الشيء الموهوب مثلاً ثم فسخ البيع أو أبطله فرجع الموهوب إلى ملك الموهوب له ، عاد للواهب حق الرجوع (م ٢/٥١٨) من قانون الأحوال الشخصية لتقضى بأشأ .

وكذلك إذا كان التصرف في بعض الشيء الموهوب ، فإن حق الرجوع يبقى قائماً في الباقي ، لانتهاء المانع من الرجوع بالنسبة إلى هذا الباقي .

§ ٢ - العذر المقبول للرجوع في الهبة

١٤٢ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ٥٠١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يعتبر بنوع خاص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة :

(أ) « أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جرحاً كبيراً من جانبه .

(ب) « أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام المبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٦٢ .

(ج) « أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدني السابق ، وكان الفقه الحنفى يسرى على الأحكام الموضوعية للهبة ، وليس في هذا الفقه ما يتعارض مع الأحكام المقررة في النص .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري م ٤٦٩ - وفي التفتين المدني الليبي م ٤٩٠ - وفي التفتين المدني العراقي م ٦٢١ - ٦٢٢ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني م ٥٢٤ و ٥٢٧/١ و ٥٢٨ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٨٥ من المشروع التمهيدى مل وجه يطلق مع ما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وظاهر أنها حلفت عبادة « إخلالا خطيرا » التي كانت موجودة في بنه (٦) من المشروع التمهيدى ، اكتفاء بعبارة « وجعرا كبيرا » الموجودة في نفس البند ، وأصبح وتم المادة ٥٢٩ من المشروع النهائي ، ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة الشيوخ ذكر أن أحكام هذا النص مأخوذة من تفتانين الفرنسي ولا تتعارض مع الشريعة الإسلامية التي تقتضى بالرجوع في الهبة بالتراضى أو بفشاء القاضي . ولما قيل في اللجنة إن الرجوع في الهبة مطلق إلا في الأحوال المنصوص فيها بالرجوع ، رد على هذا الاعتراض بأن الرجوع في الشريعة غير مطلق ، لأن من ضمن بواحي الرجوع في الهبة في منصف المالكية إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أولاده بحيث يكون هذا الإخلال جسدا كبيرا من جانبه وهو حكم لتفتنة (٦) من النص . وانتهت لجنة المجلس الشيوخ إلى الموافقة على النص ، أخذاً ببعض أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية التي تحرم الرجوع في الهبة إلا لعل مقبول . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠١ (مجموعة الأعمال الصحفية ٤ ص ٢٨٦ - ص ٢٨٨) .

(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٤٦٩ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٤٩٠ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ٦٢١ (تنص أحكامها مع أحكام المادة ٥٠١ من التفتين المدني =

١٤٣ - أضرار الرجوع في الهبة غير مذكورة على سبيل المحصر :
 ويقتن من النص المتقدم الذكر أن الأضرار التي ذكرها المشرع للرجوع في
 الهبة ليست مذكورة على سبيل المحصر ، وإنما خصت بالذكر لأنها هي
 الأضرار الغالبة التي تبرر الرجوع في الهبة ، وذلك لا يمنع من أن تقوم أضرار
 أخرى غير الأضرار المذكورة ، فإذا تقدم الواهب بأى عذر يرى أنه يبرر
 الرجوع في الهبة ، وأقره القاضى على أن هذا العذر مقبول يبرر الرجوع ،
 فسح القاضى الهبة لهذا العذر . والرجوع في الهبة لعذر مقبول ليس في
 الواقع من الأمر إلا فسخاً قضائياً للهبة بترك لتقدير القاضى ، شأن كل فسح

المصرى، وتزهد العذر الآتى : « أن يقتصر الوهب له في القيام بما اشترط عليه في العقد من
 التزامات بدون عذر مقبول » . وهذا الحكم يتفق مع الفوائد العامة . ويقتصر التفتين العراقي في
 عذر الإخلال بالواجب ، على أن يكون الإخلال بالواجب نحو الواهب ، دون أن يذكر آثاره .
 ولكن الأستاذ حسن الفتون - فقرة ٥٠ - يرى أن الإخلال بالواجب نحو تقارب الموهوب له
 يصح أن يكون عذراً للرجوع في الهبة ، لأن الأضرار ليست مذكورة في النص على سبيل المحصر .
 م ١٢٢ : إذا قتل الموهوب له الواهب عمداً ببلوچه حق ، كان لورثته حق إبطال
 الهبة . (وهذا استثناء من أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب ، ويبرر الرجوع هنا
 وجود الموهوب له ، وكذلك القياس على الميراث فالقاتل لا يرث المقتول) . انظر الأستاذ
 حسن الفتون فقرة ٤٩ - فقرة ٥٠ .

تفتين الموجبات والعقود البنائى م ٥٢٤ : كل هبة بين الأحياء بمنحها شخص ليس له
 ولد ولا عقب شرعى يصح الرجوع عنها : أولاً - إذا وزق الواهب بعد الهبة أولاداً ولو به
 وفاته . ثانياً - إذا كان الواهب ولده ميتاً وقت الهبة ثم ظهر أنه لا يزال حياً .
 م ٥٢٧ : تبطل الهبة بناء على طلب الواهب إذا لم يتم الموهوب له أو إذا كف عن القيام بأحد
 الشروط أو التكاليف المفروضة عليه .

م ٥٢٨ : وتبطل الهبة أيضاً بناء على طلب الواهب : أولاً - إذا ارتكب الموهوب له
 جنحة أو جناية على شخص الواهب أو على شرته أو ماله . ثانياً - إذا ارتكب إخلالاً عمداً
 بالواجبات التي يفرضها عليه القانون الواهب أولم يمتنع .

(وأحكام التفتين البنائى تنفق في مجموعها مع أحكام التفتين المصرى ، غير أن التفتين
 البنائى لم يذكر من بين الأضرار أن يصبح الواهب عاجزاً عن توفير أسباب المعيشة لنفسه لكون
 يجب عليه نفقته) .

قضائي . ويخلص من ذلك أن من بين الأعداء المقبولة للرجوع في المبة ، غير الأعداء التي ذكرها المشرع ، ألا يقوم الموهوب له بالالتزامات أو التكاليف التي فرضها عليه المبة ، أو ألا يقدم العوض الذي التزم بتقديمه مقابلًا للمبة^(١) . ففي هذه الحالة وقد أصبحت المبة عقداً ملزماً للجانبين ، وأخل الموهوب له بالتزامه ، يجوز للواهب أن يطلب فسخ المبة من القضاء ، أي أن يطلب الرجوع فيها . ويكون للقاضي حق التقدير ، طبقاً للقواعد المقررة في الفسخ القضائي .

وننقل الآن إلى الأعداء المذكورة بالنص في المادة ٥٠٦ مدني .

١٤٤ - **مجموع الموهوب له** : لما كانت المبة تبرعاً من الواهب للموهوب له ، فإن الجزء الذي ينتظره الأول من الثاني هو الاعتراف بالجميل . فإذا جحد الموهوب له جميل الواهب ، لم يكن مستحقاً للمبة ، وكان الواهب معذوراً إذا هو أراد الرجوع فيها .

ومن الأعمال التي تكون جحوداً من الموهوب له أن يمتدئ هذا على حياة الواهب^(٢) أو على حياة أحد من أقاربه^(٣) ، أو يسىء إلى الواهب أو

(١) انظر م ٥٢٧ / ١ من تقنين الموجبات والنفود البتاني (كنفاً بقرة ١٤٢ في الملبس) ، وتكلم عن إبطال المبة لامن فسختها .

(٢) فلذا قتل الموهوب له الواهب بغير حق ، فلم طر الرجوع في المبة هو المبحود ، وقام في الوقت ذاته مانع من الرجوع في المبة هو موت الواهب . وقد أورد تحتين المراسم ، هذه الحالة نملاً عاماً ، فقال في المادة ٦٢٢ م : « إذا قتل الموهوب له الواهب عمداً بلا وجه حق ، كان لورثته حق إبطال المبة » (انظر كنفاً بقرة ١٤٣ في الملبس - وقارن الأستاذ حسن الطنون بقرة ٥٤ وهو لا يرى حاجة لإيراد هذا النص) . ويبدو أن هذا الحل المقول هو الذي يطبق مع القواعد العامة ، فلهذا إذا جاز الرجوع في المبة لمجرد شروع الموهوب له في قتل الواهب ، فلولا أن يجوز الرجوع لما تمت الجريمة .

(٣) ويجب التوسع في تفسير لفظ (الأقارب) ، فيشمل الزوج والزوجة .

إلى أحد من أقاربه إساءة بالغة بسب أو قذف أو اعتداء على المال أو على العرض أو غير ذلك من ضروب الإساءة . ولا يشترط أن تكون الإساءة جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي ، غاية إساءة بالغة تكفي لتكون جحوداً من الموهوب له يبرر الرجوع في الهبة . وعلى العكس من ذلك قد يرتكب الموهوب له جريمة لا تعتبر إساءة بالغة ، ولا تبرر الرجوع في الهبة . مثل ذلك أن يسبب الموهوب له في جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه خطأ لا عمداً ، فالموهوب له في هذه الحالة لم يقصد الإساءة إلى الواهب ، ومن ثم لا يكون عمله جحوداً . ويمكن القول أيضاً إن الموهوب له إذا جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه استعمالاً لحقه في الدفاع المشروع عن نفسه ، لم يعتبر هذا العمل جحوداً منه ، إذ هو قد قصد الدفاع عن نفسه ولم يقصد الإساءة إلى الواهب^(١) .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان العمل الذى صدر من الموهوب له بعد إساءة بالغة للواهب أو لأحد أقاربه ، ويقرر من هم الأقارب الذين إذا أساء إليهم الموهوب له ارتدت الإساءة إلى الواهب . فإذا استند في ذلك إلى أسباب مسوغة ، واعتبر العمل الصادر من الموهوب له جحوداً كبيراً ، جاز له الحكم بفسخ الهبة ، دون تعقيب على قضائه من محكمة النقض^(٢) .

(١) بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٦٠٠ .

(٢) ولم يكن هناك محل لحصر الأعمال التي تنطوي على الجحود الكبير من جانب الموهوب له في تقنين يحمل الأصل جواز الرجوع في الهبة ، وهذا بخلاف التقنين الفرنسي الذى حصر هذه الأعمال لأن الأصل فيه هو عدم جواز الرجوع في الهبة : قارن مع ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٦٧ حيث ينتقد النص انتقاداً شديداً لا مبرر له ، فالنص يضع معياراً مرئياً بدلاً من أن يضع قاعدة جامعة حتى يواجه بمروته الحالات المتنوعة والظروف المختلفة . وهو بعد سأعوذ من لادة ٥٣٠ من التقنين الملغى الألماني وتنص على ما يأتي: « يجوز قفض الهبة إذا أغل الموهوب =

١٤٥ - عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو عجزه عن

التفقة على من يجب عليه نفقتهم : ومن الأعذار المقبولة للرجوع في الهبة أن يصبح الواهب بعد الهبة لأى سبب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية . فقد تسوء حالة الواهب المالية بعد الهبة ، إما لسبب لا يتصل بالهبة وإما لأن الهبة ذاتها قد كانت على غير ما توقع الواهب سبباً في هذا الارتباك المالى . وليس من الضروري أن يصبح الواهب فقيراً ، بل يكفى كما يقول النص أنه أصبح عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية . ويكفى أيضاً ، دون أن يصبح الواهب عاجزاً عن توفير أسباب المعيشة لنفسه خاصة ، أن يصبح عاجزاً عن الوفاء بنفقة من يجب عليه نفقتهم من زوجة وأولاد وأقارب . فإذا وقع الواهب في ضيق مالى على النحو الذى بيناه ، كان هذا عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة . ولا يمنع الرجوع في هذه الحالة أن يظهر الموهوب له استعلاده أن ينفق على الواهب^(١) أو أن يقدم له مساعدة مالية ،

= له إخلالاً خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من ذويه ، بحيث يكون قد ارتكب جحوداً كبيراً . انظر أيضاً في انتقاد النص الأستاذ أكثم الحول فقرة ١٣١ - ١٣٢ .
أما التفتين المذنب الفرنسي (٩٥٥م) فيقيد ، كما قلنا ، معنى الجحود تقييداً ضيقاً ويحصره في أعمال معينة . ثم هو أيضاً يذكر الأعذار التى تسوغ الرجوع في الهبة على سبيل المحصر ، لا على سبيل التمثيل كما فعل التفتين المذنب المصرى .

ويجمل التفتين المذنب الفرنسي (٩٥٧م) دعوى الرجوع في الهبة للجحود بتقادم سنة واحدة من وقت وقوع العمل الصادر من الواهب . ولم ينقل التفتين المذنب المصرى هذا الحكم ، ومن ثم تخضع دعوى الرجوع في الهبة في مصر ، أياً كان المذنب في الرجوع ، لقواعد العامة ، فلا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت قيام المذنب . على أنه إذا مضى وقت طويل على قيام المذنب للرجوع ولم يستعمل الواهب حقه ، فقد يستخلص من ذلك أن الواهب نزل ضماً عن حقه في الرجوع بهد قيام المذنب ، والنزول عن حق الرجوع يهد قيام المذنب جائز .

(١) أما في التفتين الفرنسي (٩٥٥م) فقبول الموهوب له النفقة على الواهب يمنع =

فإن الواهب حتى الرجوع في هبته لهذا العنر ، إلا إذا قبل من الموهوب له مساعدته المالية ونزل بذلك عن حقه في الرجوع بعد أن قام العنر .
وقاضى الموضوع هنا أيضاً هو الذى يقدر ما إذا كان الضيق المالى الذى وقع فيه الواهب يكتفى عنراً للرجوع في الهبة^(١) .

١٤٦ - أنه برز الواهب ولما : والمفروض في هذا العنر أن يكون الواهب وقت أن صلت منه الهبة ليس له ولد ، ذكر أو أنثى . فهو قد وهب ماله مدفوعاً في ذلك إلى أنه ليس له ولد يترك له هذا المال^(٢) وأثر الموهوب له على ورثته الآخرين . ويعمل هذا الوضع أن يظن الواهب وقت الهبة أن ليس له ولد ، كأن يكون له ولد ويظنه قد مات . ففي هاتين الحالتين ، إذا رزق الواهب ولداً بعد الهبة أو تبين أن الولد الذى ظنه قد مات لا يزال حياً ، يكون هذا عنراً مقبولاً للرجوع في الهبة . ذلك أن الدافع على الهبة قد انعدم ، والولد الذى رزقه الواهب أو ظهر حياً أولاً بالمال الموهوب من الموهوب له متى تقدم الواهب إلى القاضى بهذا العنر يطلب فسخ الهبة .

من الرجوع في الهبة ، ولا يجوز الواهب الرجوع إلا إذا طلب من الموهوب له التفتة عليه فلتنع الموهوب له .

(١) قارن الأستاذ أكثم الخول فقرة ١٢٢ - ولا يبرر هنا أيضاً للانقضاء الشديد الذى يوجهه إلى النص ، إذ النص قد وضع معايير مرفقة يسترشد بها القاضى ، فيعمل لكل حالة بخصوصها ما يلائمها من الحكم . ونظير ذلك ما نص عليه التفتين البولونى في المادة ٣٦٤ م .
(٢) وتنص المادة ٩٦٦ من التفتين الملقى الفرنسي على أنه « يقع فسخ الهبة حتى لو كان الواهب أم الواهبة وقت الهبة جنين لم يولد » . ويمكن سريان هذا الحكم في مصر ما دام الواهب لا يعرف وقت الهبة بأمر الجنين ، فهو في حالة الواهب الذى يعتقد أن ولده قد مات . فليست العبارة إذن بالأمر بكون الواهب ولد وقت الهبة ، بل العبارة بأن يعتقد أن ليس له ولد . أما في القانون الفرنسي ، فغلبة تفسخ حتى لو كان الواهب وقت الهبة يعلم بأمر الجنين (يوهوى وكولان ١٠ فقرة ١٦٨٠ - فقرة ١٦٨١) .

ويخلص مما قدمناه أنه إذا كان الواهب ولد وقت الهبة ، ثم رزق ولدا آخر بعد الهبة أو ظهر حيا وكان يظنه ميتا ، لم يكن هذا عنرا مقبولا للرجوع في الهبة . ذلك أنه وقت الهبة كان له ولد ، ومع ذلك وهب المال للموهوب له موثرا بإياه على ولده ، فلا يحق له بعد ذلك الرجوع في الهبة حتى لو زاد عدد أولاده^(١) .

ولا يكفي أن يرزق الواهب ولدا بعد الهبة أو يظهر ولده بعد الهبة حيا بعد أن ظنه قد مات ، بل يجب أن الولد الذي رزقه أو ظهر حيا يبقى حيا إلى وقت الرجوع في الهبة . فإذا مات الولد قبل أن يرجع الواهب في الهبة ، فقد زال العذر للرجوع وامتنع هذا الحق .

وهذا العذر كغيره من الأعذار لا يجعل الهبة مفسوخة من تلقاء نفسها ، بل يجب رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بفسخها . وليس للقاضي هنا سلطة تقديرية كالسلطة التي له في الأعذار الأخرى ، ففي ثبت له أن الواهب قد رزق ولداً بعد الهبة أو ظهر له ولد حي كان يظنه ميتا ، وطلب الواهب الرجوع في الهبة ، وجب على القاضي أن يحكم بالفسخ^(٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في هذا الصدد : « والفروض في ذلك أن الواهب لم يكن لديه ولد وقت الهبة ثم رزق الولد بعدها ، أو كان له ولد ظنه ميتاً فوجب ثم ظهر الولد ، فرجع في الهبة . أما إذا كان له ولد وقت الهبة ، ثم رزق ولداً بعد ذلك ، فليس له الرجوع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٦) .

(٢) وفي التفتيش المدني الفرنسي (٩٦٠٠) لا حاجة إلى حكم بالفسخ ، بل تعتبر الهبة مفسوخة من تلقاء نفسها بحكم القانون . ويتربط حل ذلك فرعان بين التفتيش الفرنسي والتفتيش المصري : (أولاً) أن الواهب إذا رزق الولد بعد موته (*enfant posthume*) ، أو أن الولد كان جنيناً ولم يولد إلا بعد موت الواهب ، كان هذا كافياً في التفتيش الفرنسي لأن الهبة فيه تنسخ من تلقاء نفسها . ولا يبدو أن هذا يكفي في التفتيش المصري ، لأن فسخ الهبة لا يكون إلا بحكم القاضي ، ولا يجوز لورثة الواهب أن يطعنوا بطلب التفتيش لأن حق الرجوع لا ينقل إلى الورثة كما قدمنا . (ثانياً) أن موت الولد قبل الرجوع في الهبة لا يمنع اتصال الهبة في التفتيش الفرنسي ، ويمنع الرجوع في الهبة في التفتيش المصري كما سبق القول .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على الرجوع في الهبة

١٤٧ - فيما بين المتعاقدين وبالفسخ إلى الغير : الرجوع في الهبة ، كما قدمنا ، تقابل إذا تم بالتراضي ، وفسخ إذا تم بالتقاضي . وسواء كان تقابلا أو فسحا ، فإن الآثار التي تترتب عليه تختلف فيما بين المتعاقدين عنها بالنسبة إلى الغير .

المطلب الأول

أثر الرجوع في الهبة فيما بين المتعاقدين

١٤٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٠٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن .

٢ - ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفق من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يماز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب .
وتنص المادة ٥٠٤ على ما يأتي :

١ - إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب بغير التراضي أو بالتقاضي ، كان مسئولاً قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال .

٢ - أما إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد

الموهوب له بعد إعذاره بالتسليم ، فيكون الموهوب له مسئولاً عن هذا الهلاك ولو كان الهلاك بسبب أجنبي^(١) .

ولامقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، وكانت أحكام الفقه الحنفى هى التى تسرى في عهد التقنين لأن هذه المسائل من الأحكام الموضوعية للهبة^(٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٧١ - ٤٧٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٤٩٢ - ٤٩٣ - وفي التقنين

(١) تاريخ النصوص :

م ٥٠٣ : ورد هذا النص في المادة ٦٨٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى في المشروع التمهيدى كانت تنهى بالعبارة الآتية : « وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق » . وأضافت لجنة المراجعة إلى هذه العبارة كلمة « موضوع » ، وأقرت النص تحت رقم ٥٣١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٣ ، ولكن النص النهائي لمادة سقطت منه العبارة التى كانت تتضمنها الفقرة الأولى في المشروع التمهيدى ، دون أن يظهر من الأعمال التحضيرية كيف حفظت هذه العبارة (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦) .

م ٥٠٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٣٢ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٩٦ - ص ٢٩٨) .

(٢) وقد جاء في المادة ٥٢٢ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا : « لا يصح الرجوع في الهبة إلا بترأس المانحين أو بحكم الحاكم . فإذا رجع الواهب بأحدهما ، كان رجوعه إبطالا لأثر العقد في المستقبل وإعادة للثمن . فلو أذع الواهب البين الموهوبة قبل القضاء أو الرضاء ، فهلكت أو استهلك ، ضمن قيمتها للموهوب له ، وإذا طلبها بعد القضاء ، ومنعها الموهوب له ، فهلكت في يده ، ضمنها » .

والعبارة بتاريخ صور لافية ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام الفقه الحنفى ، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد .

المذني العراق م ٦٢٤ - ٦٢٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود البتاني
م ٥٢٥ - ٥٢٧ و ٥٢٩ - ٥٣٠ (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٤٧١ - ٤٧٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٩٢ - ٤٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٢٤ : ١ - إذا رجع الوهاب في هبة بالتراضي أو بالتقاضي ،
كان رجوعه إبطالاً لأثر العقد من حين الرجوع وإعادة للملكه . ٢ - ولا يرد الموهوب له
الضرر إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى . وله أن يرجع بجميع ما أنفق
من المصروفات الانظرارية . أما المصروفات النافعة فلا يجوز في الرجوع بها التقدير الذي زاد
في قيمة الموهوب . م ٦٢٥ : إذا أخذ الوهاب الموهوب قبل الرضاء أو القضاء كان خاصاً ،
فله حلك الموهوب أو استهلاك ضمن قيمته الموهوب له . أما إذا طلبه بعد القضاء ومنته الموهوب
له بعد إعادته بالتسليم ، فهلك في يده ، ضمنه .

(وأحكام التقنين العراقي متفقة في مجملها مع أحكام التقنين المصري ، إلا أن التقنين
العراقي يجعل أثر الرجوع في الهبة غير رجعي ويبدأ من حين الرجوع ، جرياً على أحكام الفقه
الحنفى - انظر الأستاذ حسن الفتون فقرة ٦٦ - فقرة ٦٨) .

تقنين الموجبات والعقود البتاني م ٥٢٥ : عند الرجوع في الهبة في الحالة التي
نصت عليها المادة السابقة (حالة أن يزرق الوهاب ولداً) ، تعاد الأموال الموهوبة إلى الوهاب .
وإذا كان قد جرى التصرف فيها ، فيعاد إليه ما يساوى قيمة المكسب المتحقق إذ ذاك للموهوب
له . أما إذا كانت الأموال الموهوبة موهوبة . فلوهاب أن يفكك رهنه ببلغ المبلغ الذي رهنه
لأنه ، وإنما يحق له حق الرجوع في هذا المبلغ على الموهوب له .

م ٥٢٦ : إن الحق في إقامة دعوى الرجوع من الهبة لظهور أولاد بعضها يسقط بمجرد مرور
الزمن بعد خمس سنوات تبتنى من تاريخ ولادة الولد الأخير ، أو من التاريخ الذي عرف فيه
الوهاب أن ابنه الذي حسب ميثاً مازال حياً ، وليس بجائر المدلول عن حق إقامة تلك الدعوى ،
فهو ينتظر بوقاة الوهاب إلى أولاده وأحفاده .

م ٥٢٧ : تجل الهبة بناء على طلب الوهاب إذا لم يتم الموهوب له أو إذا كفت عن تلقيها مباحث
الشرط أو التكاليف المفروضة عليه . وتطبق في إعادة الأموال إلى الوهاب القواعد المتصورة
عليها في المادة ٥٢٥ المتقدم ذكرها .

م ٥٢٩ : عند الرجوع من الهبة بسبب ظهور أولاد أو بسبب الجحود ، أو عند تنقيص =

١٤٩ - اعتبار الهبة كأنه لم تكن : إذا رجع الواهب في الهبة ، سواء كان رجوعه بالتراضي أو بالتقاضى على النحو الذى قلناه ، فإن الهبة تفسخ . وإذا كان الفسخ أثر رجعى فيما بين المتعاقدين ، فإن الهبة تعتبر كأن لم تكن (م ١/٥٠٣ مدنى) .

ولكن حتى تفسخ الهبة ، يجب التنازل منها بالتراضي على الرجوع ، أو صلور حكم قضائى بفسخها لعزم مقبول كما سبق القول . وقبل التراضي أو التقاضى تكون الهبة قائمة ، ولا يستطيع الواهب أن يتمتع عن تسليم الشيء الموهوب إذا كان لم يسلمه ، ولا يستطيع أن يسترده إذا كان قد سلمه^(١) . فإذا استرده بعد أن سلمه ، بغير التراضي أو التقاضى ، كان غاصباً وكانت يده يد ضمان . ويترتب على ذلك أن الشيء إذا هلك في يده بعد استرداده ، سواء كان قد استهلك الشيء بالاستعمال أو هلك الشيء بفعله أو هلك بسبب أجنبي ، كان ضامناً ، ووجب عليه أن يدفع للموهوب له قيمة للشيء وقت الهلاك (م ١/٥٠٤ مدنى) . ذلك أن الشيء لا يزال مملوكاً للموهوب له ، وقد هلك في يد غاصب ، فتجب القيمة وقت هلاكه . بل إن الواهب في هذه الحالة لا يستطيع

= الهبة لكونها فاشحة ، لا يبعد الموهوب له التنازل إلا ابتداء من يوم إقامة الدعوى . أما إذا كان الرجوع لعدم القيام بالتكاليف أو بالشروط ، فيجب على الموهوب له أن يرجع مع المال المتنازل حتى جنتا ذلك من القيام بتلك التكاليف أو بالشروط أو منذ أصبح في حالة التنازل لعدم تنفيذها . م ٥٣٠ : لا يجوز الدلول مقدماً من دعوى إبطال الهبة بسبب الجسود . وتسقط هذه الدعوى بحكم مرور الزمن بعد سنة واحدة تبتلى من يوم علم الواهب بالأمر ، ولا ينقل حق الواهب في إقامة تلك الدعوى إلى ورثته إذا كان متفترقاً على إقامتها ولم يفعل . وكذلك لا تصح إقامتها على وراثته الموهوب له إذا لم تكن قد أقيمت على الموهوب له قبل وفاته .

(وأحكام التقنين الجنائى مقبضة في مجموعها من أحكام التقنين المدنى الفرنسى) .

(١) كذلك لا يجوز الواهب التصرف في الشيء الموهوب قبل التراضي أو التقاضى (طها الجزئية ٢١ مارس سنة ١٩٢٩ الحامدة ٢٠ رقم ٥٢ ص ١٢٦) .

أن يرداً مسئولته عن الملاك يرجوه في الحية إذا قام عنده طرد مقبول ،
ذلك أن الرجوع في الحية يمتنع على الواهب إذا هلك الشيء كما قدمنا :

١٥٠ - رد الموهوب إلى الواهب : أما إذا تم الرجوع في الحية
بالتراضى أو التقاضى ، فإن الحية تفسخ كما قدمنا وتعتبر كأن لم تكن ،
ويترتب على ذلك أن الواهب لا يلتزم بتسليم الموهوب إذا كان لم يسلمه ،
ويستطيع أن يسترده من الموهوب له إذا كان قد سلمه .

وإذا هلك الشيء في يد الموهوب له بعد أن تم الرجوع في الحية ،
فإن هلك بصل الموهوب له أو باستهلاكه إياه كان ضماناً لهذا الملاك ،
ويجب عليه تعويض الواهب . أما إذا هلك بسبب أجنبي ، فإن الملاك
يكون على الواهب ، ما لم يكن قد أعذر الموهوب له بالتسليم وهلك
الشيء بعد الإعذار فالملاك في هذه الحالة يكون على الموهوب له
(م ٢/٥٠٤ مدني) . وليس هذا إلا تطبيقاً لقواعد العامة :

١٥١ - رجوع الواهب بالثمرات : أما ثمرات الشيء الموهوب
فتبقى ملكاً للموهوب له إلى يوم التراضى أو التقاضى . فإلى هذا اليوم
يجوز للموهوب له حسن التنية ، إذ هو يملك ثمرات ملكه ، فلا يكون
مسئولاً عن ردها إلى الواهب .

أما من يوم التراضى على الرجوع ، أو من يوم رفع دعوى الرجوع
لمطرد مقبول ، فإن للموهوب له يصبح شيئاً فله يملك الثمرات .
ومن ثم يجب عليه ردها إلى الواهب من ذلك الوقت (م ٢/٥٠٣ مدني) .

١٥٢ - رجوع الموهوب بالمصرفات : ومن جهة أخرى
يرجع الموهوب له على الواهب بما أنفق من المصروفات على الشيء
الموهوب بالتفصيل الآتي :

إذا كانت المصروفات ضرورية ، رجع بها كلها على الواهب (م ٥٠٣/٢ مدني) .

وإذا كانت المصروفات نافعة ، رجع على الواهب بأقل التقييمين :
المصروفات التي أنفقها أو زيادة قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصروفات
(م ٥٠٣/٢ مدني) .

وإذا كانت المصروفات كالية ، لم يرجع بشيء على الواهب . ولكن يجوز له أن ينزع من الشيء الموهوب ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، وذلك ما لم يختر الواهب أن يستبقى هذه المنشآت بدفع قيمتها مستحقة الإزالة . وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد العامة التي قررتها المادة ٩٨٠/٣ مدني إذ تقول : « فإذا كانت المصروفات كالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » .

ويبدو أن الواهب إذا ألزم يرد المصروفات الموهوب له على التفضيل الذي قلناه ، يستطيع أن ينضع بالأحكام المقررة في المادة ٩٨٢ مدني ، فيطلب أن يكون الوفاء بهذه المصروفات على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وتقول المادة ٩٨٢ مدني في هذا الصدد : « يجوز للقاضي بتاً على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً لوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحمل من هذا الالتزام إذا هو حبل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط ، مخصوماً منها فوائد لها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » .

المطلب الثاني

أثر الرجوع في الهبة بالنسبة إلى الغير

١٥٣ - ليس للمرجوع أثر رجعي ؛ يمكن القول بوجه عام إن الرجوع في الهبة ، سواء تم بالتراضي أو بالتقاضى ، ليس له أثر رجعي بالنسبة إلى الغير ، بل يجب حماية حقوق الغير حسن النية وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين الملقى الجليلد يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، إذ كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٠٣ م (م ١/٦٨٧ من المشروع) تجرى على الوجه الآتى : « يترتب على الرجوع في الهبة ، بالتراضي أو بالتقاضى ، أن تعتبر الهبة كأن لم تكن ، وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق » . ولكن العبارة الأخيرة من النص حذفت ، ولا يظهر من الأعمال التحضيرية أين وكيف حذف هذا النص (١) . ولكن العبارة المحذوفة ليست إلا تقريراً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن ، فيمكن إعمالها بالرغم من حذفها مع مراعاة القواعد التى تسرى على الهبة بوجه خاص (٢) .

ومن ثم يجب التمييز بين ما إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً يبيع أو هبة أو غير ذلك من العقود الناقلة للملكية ، أو كان قد رتب على الشيء الموهوب حقاً عينياً كحق رهن أو حتى انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية .

(١) انظر مجموعة الأعمال للجمعية ٤ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦ - وانظر أيضاً فقرة

٦٢١ في الماشى .

(٢) ولعل وجوب مراعاة هذه القواعد هو الذى أدى إلى حذف العبارة (فقرة الاستاذ

حمود جمال الدين زكى فقرة ٨٠) .

١٥٤ - نصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً :

قلنا أنه إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً ببيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك من الأسباب الناقلة للملكية أو المسقط لها ، أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب الرجوع . ويستوى في ذلك العقار والمنقول^(١) . ويمتنع الرجوع ، سواء عن طريق الفسخ بالتراضي أو عن طريق التنازل بالتراضي . ولا يقال في هذه الحالة إن الرجوع في الهبة ليس له أثر رجعي ، بل الأصح أن يقال إن الرجوع في الهبة يمتنع أصلاً .

وإذا امتنع على الواهب الرجوع في الهبة ، فإنه لا يستطيع ، حتى عند قيام العذر المقبول للرجوع ، أن يطالب الموهوب له بتعويض يقوم مقام الشيء الموهوب^(٢) .

١٥٥ - ترتيب الموهوب له على الشيء الموهوب عقاباً : وقد

لا يتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً ، بل يقتصر على ترتيب حق عيني كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن .

ويجب في هذه الحالة ، وقد انضم النص ، تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأنه إذا كان الشيء الموهوب عقاراً ، وترتب حق الغير على العقار الموهوب بعد تسجيل صحيفة دعوى الرجوع في الهبة أو بعد تسجيل التراضي على الرجوع في الهبة ، فإن حق الغير في هذه الحالة لا يسرى

(١) انظر آتياً فقرة ٦١٤ .

(٢) وهذا بخلاف التفتين الملحق الفرنسي ، فإنه يقتضى في الفقرة الثانية من المادة ٩٥٨ م ، إذا كان الرجوع في الهبة للبعود وكان الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب ، بأن يرد الموهوب له القوام بقيمة الشيء الموهوب وقت رفع دعوى الرجوع . أما إذا كان الرجوع بسبب أن القوام قد وزق ولذا بعد الهبة ، فإن الهبة في التفتين الملحق الفرنسي تنسخ من تلقاء نفسها كالقائمة ، ويكون لا تقاسمها أثر رجعي حتى بالنسبة إلى الغير (م ٩٦٣ ملحق فرنسي) .

بالنسبة إلى الواهب ، ويسترد الواهب العقار الموهوب خالياً من كل حق للغير ، ويرجع الغير على الموهوب له بالتعويض طبقاً للقواعد العامة . أما إذا كان حق الغير قد ترتب وحفظ قانوناً قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع أو قبل تسجيل التراضي على الرجوع ، فإن كان الغير حسن النية ، أى لا يعلم قيام غير مقبول للرجوع في الهبة ، سرى حقه بالنسبة إلى الواهب ، ولم يستطع هنا أن يسترد العقار الموهوب إلا متقلاً بالحق المعنى المترتب للغير . ولا يرجع الواهب بتعويض عن هذا الحق على الموهوب له . وإذا كان الغير سيئ النية ، أى يعلم وقت كسبه للحق قيام غير مقبول للرجوع في الهبة ، فإن حقه لا يسرى بالنسبة إلى الواهب ، واسترد الواهب العقار خالياً من حقوق الغير ، ورجع الغير على الموهوب له طبقاً للقواعد العامة .

وإذا كان الشيء الموهوب منقولاً ، ورجع الواهب في الهبة بالتراضي مع الموهوب له ، فإن الرجوع في هذه الحالة لا يؤثر في حقوق الغير ، ولا يسترد الواهب المنقول الموهوب إلا متقلاً بهذه الحقوق . أما إذا كان الرجوع بالتقاضى ، فإن فسخ الهبة بحكم القضاء يكون له أثر رجعى حتى بالنسبة إلى الغير ، فيسترد الواهب المنقول خالياً من حقوق الغير . وهنا ما لم يكن الغير قد حاز حقه وهو حسن النية ، بأن كان له حتى انتفاع أو حق رهن حيازة مثلاً وحاز المنقول لينتفع به أو ليرتهنه وهو حسن النية ، ففي هذه الحالة تكون الحيازة في المنقول سنداً لحق الغير ، ولا يستطع الواهب أن يسترد المنقول إلا متقلاً بهذا الحق .

الباب الثاني

عقد الشركة

مقدمة

١٤ - تعريف عقد الشركة ومقوماته وخصائصه

١٥٦ - تعريف عقد الشركة - نص قانوني : تنص المادة ٥٠٥ من

التقنين المدني على ما يأتي :

« الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال أو عمل ، لا تقاسم ، لا قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » (١) .

(٥) مراجع في عقد الشركة : بودري وفال في الشركة والقرض والوديعة طبعه الثالثة سنة

١٩٠٧ - لوهرى ورو وبارتان وإسبان ٦ طبعه سادسة سنة ١٩٥١ - بيدان ١٢ طبعه ثانية سنة ١٩٤٧ - بلانويك وديور ولييونيير ١١ طبعه ثالثة سنة ١٩٥٤ - هيمار (Hémard) في بطلان الشركات الواقعية طبعه ثالثة سنة ١٩١٦ - إسكارا (Escurra) في القانون التجاري سنة ١٩٥٤ - ديور في القانون التجاري طبعه ثانية سنة ١٩٥١ - ليون كان وريتر (Lyon-Caen et Renault) في القانون التجاري طبعه عشرة جزء ٢ في الشركات - فورنييه وبلانشيه (Fournier et Blanchet) ، في النظام القانوني والقرائبي الشركات المدنية سنة ١٩٥٢ - أندويه مورو (André Moreau) في الشركات المدنية ونظمها القانونية والقرائية سنة ١٩٥٤ - بيروسكا (Petrossian) في الشركات المدنية في القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢١ - بلانويك وديور وديولاجيه الطبعة الثالثة جزء ٢ - كولان وكامپيان ودلاموراند فير الطبعة التاسعة جزء ٢ - جوسران الطبعة الثانية جزء ٢ - السيكليوي دالوز جزء ٥ لفظ (Société civile) . الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة جزء ٢ سنة ١٩٥٢ - الأستاذ حسن علي الفنون في العقود المسماة بتداع سنة ١٩٥٤ .

ونحيل إلى البيانات المبينة فيما تقدم عنها نشر فيما يلي إلى أحد هذه المراجع .

(٢) تلخيص النص : ورد هذا النص في المادة ٦٨٩ من المشروع النهائي على وجه يتفق

مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع النهائي وردت فيه عبارة -

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٤١٩ / ١١٠٣ .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٤٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٤٩٤ - وفي التقنين المدني العراقي

م ٦٦٦ - وفي تقنين الموجبات والمقود اللبناني م ٨٤٤ .

« مشروع اقتصادي » بدلا من عبارة « مشروع مال » - ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت عبارة « مشروع اقتصادي » بعبارة « مشروع مال » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلته تحت رقم ٥٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠١ وص ٣٠٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤١٩/٥١١ : الشركة عقد بين اثنين أو أكثر يلزم به كل من المتعاقدين وضع حصة في رأس المال لأجل عمل مشترك بينهم وتقسيم الأرباح التي تنشأ عنه بينهم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في الموازنة بين هذا التعريف للشركة والتعريف الوارد في المادة ٥٠٥ من التقنين المدني الجديد ما يأتي : « يتجلى هذا التعريف (تعريف التقنين الجديد) عن تعريف التقنين المصري (السابق) بأنه يبرز عناصر الشركة وعناصرها الأساسية . فيذكر أنها تكوين رأس مال مشترك من مجموع حصص الشركاء بقصد تحقيق غرض اقتصادي . وهو بذلك يميز الشركة عن الجمعية التي يقصد بها عادة تحقيق غايات اجتماعية أو أدبية أو غيرها من الأغراض العامة التي لا شأن لها بالكسب المادي . على أنه لما كانت بعض الجمعيات « دون أن تقوم بعمليات صناعية أو تجارية ودون أن توزع أرباحاً بين أعضائها ، نسي إلى تحقيق غرض اقتصادي ، كالجمعية الزراعية الملكية واتحاد الصناعات . . فإن المشروع يميز في التعريف السابق أن الغرض من الشركة هو استغلال رأس المال للحصول على ما يدره من الأرباح وتوزيعها بين الشركاء . والواقع أن الفقه والقضاء جريا على أن توزيع الأرباح الناتجة عن العمل المشترك هو القصد الأساسي من قيام الشركة . كما أضاف المشروع عبارة « اقتسام الخسائر المخصصة » لأن البنية في الاندك والتعاون عن طريق قبول أخطار معينة واقتسام الخسائر التي قد تنتج عن العمل المشترك هي من صلب عقد الشركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٢) .

(٣) تفصيلات الفنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٧٣ (طلاق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٩٤ (موافق) ، وقد ذكر عبارة « مشروع اقتصادي » بدلا من

-

عبارة « مشروع مال » ، ولم يذكر اقتسام الخسائر .

ويمكن استخلاص مقومات الشركة من هذا التعريف . فالشركة :
(١) عقد ومن ثم يستلزم اشتراك شخصين أو أكثر . (٢) يساهم فيه كل
من الشركاء بحصة في رأس مال الشركة . (٣) بنية الاشتراك والتعاون
عن طريق قبول أخطار معينة . (٤) ومع مساهمة كل شريك في الأرباح
والخسائر .

١٥٧ - الشركة عقد : فالشركة عقد مسمى . ويتقضى كونها عقداً
أن تكون لها أركان العقد المعتادة : التراضي والمحل والسبب ، وسيأتي
بيان ذلك .

ولا بد من أن يشارك أكثر من شخص واحد في الشركة ، شأنها في
ذلك شأن أى عقد آخر . إلا أن الشركة تختلف عن العقود الأخرى ، كالبيع
والإيجار ، في أن أطراف العقد فيها ، وهم الشركاء ، مصالحهم بعد تكوين
الشركة متحدة غير متعارضة . ومن ثم قسمت العقود إلى عقد ذاتي
(contrat Subjectif) واتفاق منظم (convention institutionelle) .
فالعقد الذاتي هو اتفاق بين شخصين لما مصلحة متعارضان ، وتكون
الرابعة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليهما . مثل ذلك عقد البيع ،
نرى فيه تعاضداً بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري ، والرابعة بين
المتعاضدين ذاتية مقصورة عليهما ، وهي لا تلبث أن تزول في أهم
مشتملاتها بانتقال ملكية المبيع إلى المشتري . أما الاتفاق المنظم ، كالشركة ،

= التقنين المدني العراقي م ٦٢٦ (موافق وقد ذكر عبارة « مشروع اقتصادي » بدلاً من عبارة
« مشروع مال » - انظر الأستاذ حسن الزنون فقرة ٧٣ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٤٤ : الشركة عقد متبادل يقتضاه يشترك شخصان
أو عدة أشخاص في شيء يقصد أن يقتسوا ما ينتج عنه من الربح .
(والتعريف في مجموعه موافق لتعريف التقنين المصري) .

فعل التقيض من العقد الذاتي يوجد مركزاً قانونياً منظماً (statut, institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد ، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . ولا تعارض ما بين مصالح الشركاء في الشركة ، بل لم جميعاً غرض مشترك .

على أن التمييز بين العقد الذاتي والاتفاق المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح . فهناك من العقود الذاتية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية كعقد الإيجار ، وقد يتجاوز أثر هذه الرابطة غير المتعاقدين كالمشتري للعين المؤجرة . كذلك الوكالة ، وهي عقد ذاتي ، يتجاوز أثرها هي أيضاً المتعاقدين إلى الغير الذي يتعامل مع الوكيل . ومن جهة أخرى نرى الشركاء في الشركة ، وهي اتفاق منظم ، لهم مصالح متعارضة عند تكوين الشركة ، إذ كل شريك يريد أن يعطى للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز بأكبر ربح ممكن . ومن ثم ندرك السبب في أن تقسيم العقد إلى عقد ذاتي واتفاق منظم وجعل الشركة اتفاقاً منظماً لا عقداً ذاتياً ، وهو تقسيم ابتدعه ديجيه في الفقه الإدلري ، لم يسد في الفقه الملقى^(١) .

على أنه من الممكن القول إن الشركة في مرحلة تكوينها تشترك مع سائر العقود في خصائصها . ولكنها بعد التكوين تصبح أقرب إلى نظام منها إلى عقد ذاتي ، لاسيما بعد أن تضي الشخصية المنوية على هذا النظام مقومات تفصله عن الشركاء بنواتهم^(٢) .

١٥٨ - صاهمة كل شريك بحصة في رأس مال الشركة : ولا بد أن يساهم كل شريك بحصة في رأس مال الشركة ، وهذه الحصة هي التي تحدد

(١) التوسيط الجزء الأول ص ١٦٨ هامش رقم ١ .

(٢) انظر ديوجر في القانون التجاري فقرة ٥٨٢ وما بعدها . لوبري دور وإسبان

٦ ص هامش رقم ١ .

حادة نصيبه في أرباح الشركة وفي خسائرها . وهذا لا يجمع ، بعد تحديد حصة الشريك في رأس المال ، من أن يتبرع له سائر الشركاء بهذه الحصة فيغفونه من الوفاء بها ، وتتضمن الشركة في هذه الحالة حبة مكشوفة أو مستورة على حسب الأحوال ، وسيأتي بيان ذلك . أما الشركة التي لا يحدد فيها لكل شريك حصته من رأس المال ، سواء التزم الشريك بالوفاء بها كما يقع عادة أو تبرع له بها سائر الشركاء كما يقع نادراً ، فإنها تكون شركة باطلة .

والحصة قد تكون نفوداً أو أوراقاً مالية أو منفولات أو عقارات أو حق انتفاع أو عملاً أو اسماً تجارياً أو شهادة اختراع أو ديناً في ذمة الغير ، وكل ما يصلح أن يكون عملاً للالتزام يصلح أن يكون حصة في الشركة ، وسيأتي بيان ذلك تفصيلاً . وبديهي أنه ليس من الضروري أن تكون حصص الشركاء متساوية في القيمة ، أو متجانسة في النوع . ونظم حصص الشركاء بعضها إلى بعض ، فيتكون من مجموعها رأس مال الشركة (le capital social) ، ورأس المال هذا يقوم بذاته مستقلاً عن أموال كل شريك ، وهو الذي يستثمر لتوزيع أرباحه أو خسائره على الشركاء .

١٥٩ - بنية الشركة والتعاونه من طريق قبول أغلظ معبنة :

وهذا عنصر نفسي من مقومات الشركة . فلا يكفي لقيام شركة أن يكون هناك مال مشترك بين عدد من الأشخاص يستغلونه جميعاً بحسب طبيعته ، فالشيوع يتحقق فيه هذا الوصف وليس بشركة^(١) .

(١) لوبري ورد وإيمان ٦ بقرة ٣٧٧ من ١٢ - ونص المادة ٤٩٥ من النصين المذكورين على ما يأتي : « المشاركة التي تتكون أو يحتفظ بها لفرد الانتفاع بشيء أو أكثر تنظمها أحكام المادة ٨٢٥ وما يليها من هذا القانون » (أي أحكام الحائظ المشترك) .

وليس الفرق ما بين الشركة والشيوع ، كما كان يقال ، أن الشركة عقد والشيوع غير عقد ، فالشيوع قد يكون مصدره العقد كالشركة . ولكن الشيوع ، سواء كان مصدره العقد أو الميراث أو غير ذلك ، مال مشترك لشركاء في الشيوع يستغلونه بحسب طبيعته . فإن كان داراً أو أرضاً سكنوها أو زرعوها أو أجروها ، وإن كان نقوداً أو أوراقاً مالية استولوا على فوائدها ، وإن كان متقولا أجروه أو انضموا به بحسب طبيعته : أما الشركة فلا بد فيها من أن تكون عند الشركاء نية الاشتراك في نشاط ذى تبعة ، يأملون من ورائه الربح ولكن قد يعود عليهم بالخسارة ، ولا يقتصرون على مجرد استثمار مال مشترك بحسب طبيعته كما هي الحال في الشيوع^(١) . ونية الاشتراك في نشاط ذى تبعة هي التي يطلق عليها عبارة (affectio societatis) أى نية تكوين شركة ، أو لإرادة كل شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوى على قدر من المخاطرة ؛

ووجود هذه النية عند الشركاء يدل عليه بوجه خاص طبيعة النشاط الذى اشتركوا فيه ، وهو مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع^(٢) .

١٦٠ - **مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر** : ويستتبع وجود نية الاشتراك في نشاط ذى تبعة يعود على الشركاء بالربح أو بالخسارة ، أن يساهم كل شريك في تبعة هذا النشاط ، فيتقاسم الشركاء الأرباح ، ويوزعون فيما بينهم الخسائر . فإذا أعفى أحد الشركاء من تحمل الخسائر مع مقاسمته للأرباح ، أو حرم من مقاسمته للأرباح مع تحميله الخسائر ، كانت الشركة شركة الأسمد (société léonine) ، وكانت باطلة . وفي هذا تقول

(١) بلاتويل وديبير وليارنير ١١ فقرة ٩٨١ من ٢٢٧ - من ٢٢٨ .

(٢) بلاتويل وديبير وليارنير ١١ من ٢٢٧ وعلش رقم ٢ .

الفقرة الأولى من المادة ١١٥ مدني ، « إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها ، كان عقد الشركة باطلاً ، وسيأتي تفصيل ذلك . كذلك إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم لافي الأرباح ولا في الخسائر ، بل يقتصر على استرداد حصته بعد انقضاء الشركة ، فإن هذا لا يكون شريكاً ، بل يكون قد قدم مالا للشركة على سبيل القرض دون فائدة أو على سبيل العارية تيمناً لطبيعة هذا المال^(١) .

وهذه المساهمة في الأرباح وفي الخسائر هي التي تخرج من يقدم مالا لتاجر ، على أن يشترك معه في الربح دون الخسارة ، عن أن يكون شريكاً . وإنما يكون مقرضاً ، أقرض التاجر المال بفائدة تتفاوت بتفاوت الأرباح ، ومن ثم يجب أن تسري أحكام القرض فلا تزيد الفوائد في أية حال على ٧٪^(٢) .

(١) وإذا اتفق شخصان أو أكثر على تكوين رأس مال يساهمون فيه ، على أن يستأجر كل منهم بدوره بالانضاع برأس المال مدة معينة ، فالعقد ليس بشركة ، إذ لا مساهمة في أرباح أو في خسائر (أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٢ - ص ١٣ - بودري وقال ٢٢ فقرة ١٠ - وهذا ما يسمى بقرض الائتمان المرحل prêt à crédit différé انظر مايل فقرة ٢٧١) - وإذا تألفت هيئة من المؤلفين الموسيقيين بقرض الحصول على حق كل عضو فيها قبل الغير من أعمال الموسيقى مع عدم جزء لقاء النفقات ، فإن هذه الهيئة لا تكون شركة وإن أسست لنفسها بذلك ، لأنها لم تجمع حصصاً من الشركاء بقرض تقسم الربح والخسارة عليهم ، بل هي وكالة عن أعضائها في الحصول على حقوقهم . وقد أنكرت محكمة الاستئناف المختصة على هذه الهيئة الشخصية المنسوبة ، فنتجاً من أن تنقضي باسمها ، وإنما يتقاضى الزكيل العام الهيئة بصفة وكيلها عن كل مؤلف موسيقى بالذات (استئناف مخطط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٤) . وكان من الممكن أن يكون الهيئة شخصية منوية ، لا باعتبارها شركة بل باعتبارها جمعية

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رُسا على مقاول مزاد إنشاء بناء ، وتعاقده معه آخر بشد وصف بأنه شركة ، وكان من شروطه أن يصرف ذلك الآخر على العملية من ماله ، وأن يسترد جميع ما صرفه سالماً مهما كانت نتيجة العملية ، ويستولى على ربح محقق ويقدر بفائدة منوية بالنسبة إلى قيمة مرسى المزاد يصرف الناظر عما يصرفه فعلاً ، وقام المقاول بمباشرة العمل ، كان هذا العقد في حقيقته غنياً لقرض وليس بشركة . ولا يلغى من هذه الحقيقة استعاضة

وهذه المساهمة أيضاً هي التي تخرج المال، الذين يتقاضون فوق أجورهم نصيباً من أرباح المصنع الذي يعملون فيه ، عن أن يكونوا شركاء لصاحب المصنع ، فهم يشاركونه في الربح ولا يتحملون معه الخسارة . والنصيب من أرباح المصنع الذي يمنح للعامل يعتبر جزءاً من أجرته ، فلا يخرج العامل عن أن يكون أجيراً تمرى عليه أحكام عقد العمل . فيجوز فصله ، ويستحق التعويض المقرر ، ولا يشارك في إدارة المصنع ، ولا يطلب حساباً عن هذه الإدارة ، ولا يكون مسئولاً عن ديون المصنع^(١) .

وليس من الضروري أن تكون أرباح الشركة تقوذاً ، بل يصح أن تكون مالا من نوع آخر . فقد تتكون شركة وتستغل رأس مالها في بناء عمارات ذات طبقات ، تخصص لكل شريك طبقة يسكنها . وقد تتكون شركة وتعمل

= المقرض بحق شراء المعدات والإشراف على أبواب الإنفاق ، وذلك بواسطة مندوب يحصل المفاوض مرتبه (استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسية ٤٢ رقم ٢٤٤) .
وقضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا كانت حصة الشريك حيناً تقل ملكيتها إلى الشركة مقابل مبلغ معين يستول عليه عند تصفية الشركة ويستول على فوائده ما دامت الشركة باقية دون أن يشارك في الخسارة ، فالقصد ليس بشركة والشريك ليس إلا باتماً للعين (استئناف مخطط أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٤) .

(١) بلايول وديير وليادوير ١١ فقرة ٦٨١ ص ٢٣٦ - وقد نصت المادة ٨٤٥ من تقنين الموجبات والالتزامات على ما يأتي : « إن إشتراك المستثمرين أو على الأشخاص المعنويين أو الشركات في جزء من الأرباح كأجر كل أو جزئ يعطى لم لما يقومون به من الخدمات لا يمكن لمنهم حصة الشريك » - انظر أيضاً استئناف مخطط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧٥ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٢

وإذا خصصت شركة مجاير عمولة لشخص لتوزيع مجايرها ، فاستخدم هذا الشخص شخصاً آخر لتوزيع هذه المجاير في أحد الأقاليم مقابل جزء من العمولة ، لم يكن المقصد بين هذين الشخصين شركة (أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٣٨ المجموعة ١٩ رقم ٥٥ ص ١١٢) .
وإذا استخدم شخص آخر في تقسيم أرضه ويمنح حصة في نظير نسبة حصة من الثمن ، لم يكن هذا العقد شركة ، بل هو عقد مقاول (استئناف مخطط ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠١) .

وأس ما لا آلات زراعية ، ينفع بها كل من الشركاء على نظام تحمده الشركة . بل قد يكون الربح هو مجرد توفى غسارة مادية محتملة ، كما إذا تأسست شركة من حامل سندات شركة أخرى بقصد الدفاع عن مصالح حامل هذه السندات والحيلولة دون هبوط أسعار السندات (١) .

١٦١ - خصائص عقد الشركة : وعقد الشركة عقد شكل (solennel) ،

وهو من العقود الملزمة للجانبين (synallagmatique) ، ومن عقود المعاوضة (à titre onéreux) ، ومن العقود المبدلة (commutatif) .

فالشركة عقد شكل ، لأنها لا تتعدى إلا بالكتابة ، وتقول المادة ٥٠٧ في هذا الصدد : « يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً ، وإلا كان باطلاً » وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في شكل الشركة .

وهي عقد من العقود الملزمة لجميع أطرافها . فكل شريك يلتزم نحو الشركة ، والشركة تلتزم نحو كل شريك ، بالتزامات معينة سيأتى بيانها . ويسن تكوين الشركة عقد ما بين الشركاء يتفقون فيه على تكوين الشركة ، ففي هذا الاتفاق يلتزم الشركاء بعضهم نحو بعض (٢) .

(١) انظر في فرنسا قانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ - وانظر بلانيول وبرسيير وليبارتيير ١١ فترة ٩٨٣ - بل إن جميات الصلحون تهدف إلى تحقيق أرباحها عن طريق توفير أرباح للوسطاء ، فيكون ربح الشريك في هذه الجميات هو شراء السلعة بشئ أرخص أو إنتاجها بتكاليف أقل أو اقتراض القفود بسعر منخفض (انظر بلانيول وبرسيير وليبارتيير ١١ فترة ٩٨٣ ص ٢٤١ - ص ٢٤٢) . حل أن جميات الصلحون تنفع لقوانين خاصة ، ولا تشمل ضمن الشركات المدنية بل ضمن الجميات كما سيأتى (انظر في هذا المسأله فوردييه في الجميات المدنية ص ١٥ - وقارن محكمة الإستكلاية للكلية الوطنية ٩ سبتمبر سنة ١٩١٤ الجموعة الفرنسية ١٥ رقم ١٣ ص ٢٩ . محكمة بور سعيد الجزئية الوطنية ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٤ رقم ١٠٩ ص ٢١٦) . ويقتضى قانون ١٠ سبتمبر سنة ١٩٤٧ في فرنسا بأن تكون جميات الصلحون شركات مدنية (بلانيول وبرسيير وليبارتيير ١١ فترة ٩٩٦ مكررة) .

(٢) ويرتب على ذلك أنه إذا لم يتم أحد الشركاء بما تعهد به من تقديم حصته أو غير -

وهي من عقود المعارضة ، وقد قدمنا أن كل شريك يقدم حصة في رأس المال ، ويستولى في نظير تقديمه هذه الحصة على نصيبه في أرباح الشركة إذا كانت هناك أرباح . ويصح أن تتضمن الشركة تبرعاً مكشوفاً أو تبرعاً مستتراً أو تبرعاً غير مباشر . تتضمن تبرعاً مكشوفاً إذا تبرع سائر الشركاء لأحدهم بحصته فأغفوه من تقديمها بعد تحديداتها على النحو الذي قدمناه ، ويكون التبرع مكشوفاً إذا ظهر من عقد الشركة أن الشريك أعنى من تقديم حصته . وفي هذه الحالة يجب أن تستوفى الهبة شكلها فتكون في عقد رسمي ، وإلا كانت باطلة ، وألزم الشريك بدفع حصته . وقد يتضمن عقد الشركة تبرعاً مستتراً ، إذا ذكر في العقد أن الشريك قد دفع حصته ويكون في الحقيقة قد أعنى من دفعها ، وفي هذه الحالة تكون الهبة مستترة تحت اسم عقد الشركة^(١) ، فلا تستلزم الرسمية شأن كل هبة مستترة . وقد يتضمن عقد الشركة هبة غير مباشرة إذا أعطى الشريك نصيباً في الأرباح أكبر من حصته في الشركة ، فيكون ما زاد من الأرباح هبة غير مباشرة ، ولا تستوجب الرسمية^(٢) .

والشركة عقد محدد ، وليست بعقد احتيالي . وقد يتوهم أنها عقد احتيالي من احتيال أن يساهم الشريك في خسائر الشركة إذا خسرت بدلاً من أن

= ذلك ، جاز لأي شريك آخر أن يطلب فسخ العقد ، ولقاضي أن يقدر ما إذا كان يستجيب للمطلب الفسخ طبقاً للقواعد المقررة في فسخ العقد . وقد نصت المادة ٥٣٠ مدني في هذا المبدأ على ما يأتي : ١ - يجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء ، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء ، ويقدر القاضي ما ينطوي عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل ٢ - ويكون باطلاً كل اتفاق يقضي بنير ذلك . انظر الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤٠٣ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

(٢) انظر في هذا المعنى يوهدي وقال ٢٣ فقرة ٦ .

تربح . ولكن العقد يكون محمداً إذا كان التماقد يعرف وقت العقد قدر ما يعطى وقدر ما يأخذ ، والشريك يعرف ذلك . فهو يعطى حصته من رأس المال ويساهم في نصيب معين من الأرباح إذا وجدت ، وهذا كافٍ لجعل العقد محمداً . أما احتمال الخسارة فلا يجعل عقد الشركة عقداً احتياطياً ، وإلا كان عقد إيجار أرض زراعية عقداً احتياطياً لاحتمال أن تقل قيمة المحصول عن أجرة الأرض (١) .

١٦٢ - اشتباه هذا الشركة بفرد آخر : بعد أن حددنا مقومات عقد الشركة وبيننا خصائص هذا العقد ، أصبح من المتيسر أن نميز عقد الشركة عن غيره من العقود التي يشبهها .

فقد يشبه عقد الشركة بعقد البيع فيما إذا اتفق المؤلف والناشر على أن يتقاضى المؤلف نسبة معينة من أرباح الناشر في مقابل حقه في التأليف . فإذا كان الناشر هو الذي قام بنفقات نشر الكتاب وهو وحده الذي يتحمل خسائره المحتملة ، فإن ربح شاركة المؤلف في ربحه بنسبة معينة ، فالعقد يبيع لا شركة (٢) . فلك أن المؤلف في هذه الحالة لا يساهم في الخسائر (٣) ، فهو قد باع مؤلفه بشئ يزيد أو ينقص بحسب الأرباح التي يحصل عليها الناشر . أما إذا اشترك المؤلف مع الناشر في نفقات النشر ، واتفقا على المساهمة في الأرباح والخسائر ، فالعقد شركة : ويكون شركة أيضاً إذا قام الناشر بتقديم نفقات النشر على أن يستردها أولاً مما يحصل عليه من بيع

(١) بودى وقال ٢٣ ققرة ٨ - بلاتويل وبيير وليبارنيير ١١ ققرة ٩٨٠ ص ٢٣٦ .

(٢) كولان وكابيتان ٢ ققرة ١١٦٦ .

(٣) ولا يقال إنه غير عمل في التأليف ، لأن هذا العمل يقابله حق المؤلف المعنوي في كتابه وهذا الحق لا يزال باقياً له .

الكتاب ، ثم يقاسم بعد ذلك مع المؤلف ما يزيد على التفتات بنسبة معينة^(١). وإذا نزل صاحب المتجر من متجره لشخص آخر ، على أن يأخذ منه نسبة معينة من الأرباح دون أن يشاركه في الخسارة ، فالعقد بيع لا شركة .

ويشبه عقد الإيجار في المزارعة بعقد الشركة . فإذا أعطى صاحب الأرض الزراعية أو صاحب الأرض المفروسة بالأشجار الأرض مزارعة لشخص آخر في مقابل أخذ صاحب الأرض نسبة معينة من المحصول ، كان العقد مزارعة ، أى إيجاراً لا شركة . ذلك أن صاحب الأرض يأخذ أجرة أرضه نسبة من المحصول ، فإذا كان المزارع قد لحقت خسارة فصاحب الأرض لا يساهم فيها ، وقد رأينا أن الشريك يجب أن يساهم في الربح وفي الخسارة . ومن ثم الحق المشرع عقود المزارعة بعقد الإيجار (المواد ٦١٩ - ٦٢٧ مدني) ، وذكر صراحة في المادة ٦٢٠ مدني أن أحكام الإيجار تسرى على المزارعة .

ويشبه عقد العمل بعقد الشركة فيما قلنا من أن العامل لو كان يأخذ ، بالإضافة إلى أجره ، نصيباً معيناً من الأرباح ، فالعقد عقد عمل لا عقد شركة ، لأن العامل لا يشارك صاحب العمل في الخسارة ، ولا يشارك في إدارة العمل ، ولا يكون مسئولاً عن ديون صاحب العمل^(٢) .

ويشبه عقد الوكالة بعقد الشركة فيما إذا فوض الدائن شخصاً أن يقبض حقه من المدين في مقابل نسبة معينة من الدين ، فالعقد وكالة مأجورة لا شركة ، لأن الوكيل لا يشارك الدائن في الخسارة إذا لم يقبض الدين ، بل هو يأخذ أجراً على وكالته نسبة معينة من الدين .

(١) وتكون نفقات النشر التي تقدمها الناشر قرناً يستردده من الشركة قبل توزيع الأرباح - انظر في مثل آخر لعمدة وصف في ظاهره بأنه عقد شركة إلا أنه في حقيقته وفي قصد المتعاقدين عقد بيع ، نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٣٨ ص ٢٢٠

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

ويشبه عقد القرض - عقد الشركة فيما إذا أُصلى شخص مالا إلى تاجر على أن يشاؤكه في الأرباح . فالعقد هنا قرض ، لأن القرض لا يساهم في الخسارة ، وقد قلنا أنه إنما أقرض التاجر المال بغاللة تتفاوت بتفاوت الأرباح ، ومن ثم يجب أن تسرى أحكام القرض فلا تزيد الفوائد في أية حال على ١٢٪ .

٢٤ - أنواع الشركات المختلفة والتمييز فيما بينها

١٦٢ - مرجع الجماعات من الأغراض غير المادية إلى الأغراض

المادية : تجمع الناس في طوائف يتركز نشاطها لتحقيق أغراض معينة ظاهرة قديمة ، وقد زادها تطور الحضارة قوة وانتشاراً . فقد زادت الأغراض التي تهدف الجماعات لتحقيقها وتحدث ، وكان من وراء التطور الاقتصادي وتقدم الصناعة أن قامت الشركات الكبيرة وتعددت أنواعها وأشكالها .

وتتخرج الجماعات ، من نسبة الأغراض التي تقوم على تحقيقها ، من أغراض غير مادية إلى أغراض مادية على النحو الآتي : (١) الجمعيات والمؤسسات وتلحق بها جمعيات التعاون والتقابات ، وهذه تحقق أغراضاً مفضلة ، ولكنها تشترك جميعاً في أنها أغراض لا يدخل فيها الحصول على ربح مادي^(٢) . (٢) الشركات المدنية وهذه جماعات تقوم بمشروعات مالية

(١) انظر كلاً فقرة ١٠٠ .

ولذا انظر شخصان على أن يحول كل منهما رأس مال إلى أفراد مرتب طول حياته وبعد موته يحول الإرث إلى الشخص الآخر ، لم يكن هذا الاتفاق - ويرت في القانون الفرنسي التديم باسم *tenue* - شركة ، لأن الطرفين لا يساهمان في ربح أو في خسارة ، بل إن أحدهما يكسب إذا مات الآخر له (أنسيكلوبيدي دالفرز) لفقه *Société civile* فقرة (١٥) .

(٢) استكتاب مخطط ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢١٥ - ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ م

الحصول على ربح مادي كما سبق القول ، ولكن المشروعات المالية التي تقوم بها لا تدخل في أعمال التجارة المذكورة على سبيل الحصر في التقنين التجاري . (٣) الشركات التجارية ، وهذه جماعات تقوم بمشروعات مالية الحصول على ربح مادي كالشركات المدنية . ولكن المشروعات التي تقوم بها ، على خلاف المشروعات التي تقوم بها الشركات المدنية ، تدخل في أعمال التجارة : (٤) الشركات المدنية ذات الشكل التجاري ، وهذه شركات مدنية تقوم بمشروعات لا تدخل في أعمال التجارة ، ولكنها تتخذ الشكل التجاري لدعم نظامها وتيسير نشاطها .

١٦٤ - الجمعيات والمؤسسات والمجموعات التعاونية والنفابات : وقد

تأول التقنين المدني الجديد تنظيم الجمعيات والمؤسسات . فالجمعية جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادي (م ٥٤ مدني) . وتتدرج أغراض الجمعيات من أغراض خيرية محضة : إلى أغراض نفعية تعود بالفائدة على أعضائها ولكن هذه الفائدة ليست ربحاً مادياً . وهذا هو أيضاً شأن المؤسسات ، فالمؤسسة شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة ، لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأي عمل من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد إلى ربح مادي (م ٦٩ مدني) . وتختلف المؤسسة عن الجمعية في أن المؤسسة تنشأ بتخصيص مال للغرض المقصود وتحقيقه ، أما الجمعية فتنشأ باجتماع جماعة من الناس لتحقيق الغرض المقصود ، هذا إلى أن المؤسسة تخضع لنظام أدق ولرقابة أشد . والأغراض التي تقوم الجمعيات والمؤسسات على تحقيقها متنوعة كما قلنا ، فقد تكون أغراضاً ذات صفة إنسانية لا يقصد بها إلا البر والنفع العام ، كجمعيات الإسعاف والحلال الأحمر والصليب الأحمر والرفق

بالحيوان . وقد تكون أغراضاً دبقية ، كجمعية تحفيظ القرآن وجمعية
المبشرين ونحوها . وقد تكون أغراضاً اقتصادية ، كالجمعية الزراعية .
وقد تكون أغراضاً اجتماعية ، كجمعية الاتحاد النسائي وجمعية الخطة
الاجتماعية . وقد تكون أغراضاً علمية ، كجمعية الاقتصاد والتشريع
وجمعية التأليف والترجمة والنشر^(١) وجمعية الدراسات التاريخية والجغرافية
والاجتماعية وجمعية مكافحة الأدمان المختلفة . وقد تكون أغراضاً فنية ،
كجمعية الموسيقى والفن والفنائه والممثل والأدب والشعر . وقد تكون أغراضاً
رياضية ، كنادي الألعاب الرياضية ونحوها . وقد تكون غير ذلك من
الأعمال التي لا يقصد بها الحصول على ربح مادي ، كالنادي السياسي^(٢)
والنادي الاجتماعي^(٣) . وقد تجمع الجمعية الواحدة غرضين أو أكثر من
هذه الأغراض . وهذه الأغراض ، كما نرى ، منها ما هو ذو صفة
إنسانية بارزة لا يقصد به إلا البر والرفع العام ، ومنها أغراض نفعية تمود
بالقائلة المعنوية أو المادية على أعضاء الجمعية ، ولكنها فائدة لا يدخل فيها
الربح المادي .

ويلحق بالجمعيات والمؤسسات جمعيات التعاون والتعاونات المختلفة .

(١) وهذه الجمعيات إذا قصدت أن تحقق ربحاً مادياً من وراء عملها كانت شركات
مدنية ، فإذا انضمت شكلاً تجارياً كانت شركات مدنية ذات شكل تجاري . ويجوز لجمعية النشر ،
إذا كانت تقصد إلى الربح المادي لتصبح بذلك شركة مدنية ، أن تقسم رأس مالها إلى حصص
أو أسهم دون أن تتخذ الشكل التجاري . ولكن ذلك لا يقصر مسئولية الشركاء عن ديون الشركة
على قيمة الأسهم التي يحملها كل شريك ، بل يكون كل شريك مسئولاً في ماله الخاص عن ديون
الشركة بنسبة ما يحمل من الأسهم (انظر في هذا المعنى فورييه في الشركات المدنية فقرة ٧
ص ٢٤ - ص ٢٥ وفترة ٥٣) .

(٢) انظر في أن النادي السعدي ليس شركة مدنية ، بل هو جمعية : محكمة مصر الكلية
الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٩٢٥ الحامدة ٥ رقم ٢/٦١٨ ص ٧٥٠ .

(٣) استئناف مخطط ١١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٤ .

وجميعيات التعاون تتميز بأنها جمعيات تقوم على أغراض تقنية تعود بفوائدها مادية على أعضائها ، ويتركز تحقيق هذه الأغراض في التعاون . وتتنوع ضروب التعاون . فهناك تعاون في الاستهلاك ، يعين المتعاونين في الحصول على السلع بأسعار رخيصة . وهناك تعاون في الإنتاج ، يعين المتعاونين في الحصول على أدوات الإنتاج كالآلات الزراعية والسماد والبيرة ونحوها . وهناك التعاون في الائتمان ، يعين المتعاونين في الحصول على قروض . وهناك التعاون في التأمين ، يمثل في جمعيات التأمين التعاونية (assurance mutuelle) . وجميعيات التعاون كثيرة منتشرة في مصر ، كجميعيات التعاون المنزلي والتعاون الزراعي والتعاون الاقتصادي والتعاون الصناعي والمصارف التعاونية والتأمين التعاوني . وجميعيات التعاون قوانين خاصة تنظمها بما ينفع مع طبيعة كل نوع من أنواع هذه الجمعيات وأغراضها^(١) .

أما النقابات فهي جماعات ، تضم كل جماعة منها أبناء الحرفة الواحدة ينظمون في نقابة للدفاع عن مصالح هذه الحرفة ولتنظيم العمل فيها وللاسمى في إصلاح شؤونها ، كنقابة المحامين ونقابة الأطباء ونقابة المهندسين وغيرها ، وكل نقابة ينظمها قانون خاص . وأهم النقابات من الناحية الاقتصادية والناحية السياسية هي نقابات العمال ، فقد أصبحت قوات ضخمة في داخل الدولة تنظم شؤون العمل وتدافع عن مصالح العمال ، وتنظم هذه النقابات أيضاً قوانين خاصة^(٢) .

١٦٥ - الشركات المدنية : أما الشركات المدنية فتقوم لتحقيق الأغراض

(١) ويبدو أن اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٧ مدني وما يبعدها) وملكية الأسرة (م ٨٥١ مدني وما يبعدها) أقرب إلى الشركات المدنية منها إلى الجمعيات التعاونية (أنسيكلوبيدي دالوز) . لنظ society civile فقرة ٢٨٢ وفقرة ٢٨٤ .
(٢) وقد نصت المادة ٨٠ مدني على أن الجمعيات الخيرية والتعاونية والمؤسسات الاجتماعية والنقابات ينظمها القانون .

تعود عليها بالربح المادى كما قلنا . ولكن المشروعات المالية التى تقوم بها الشركات المدنية لا تدخل فى أعمال التجارة ، وهى الأعمال التى عدتها المادة الثانية من التقنين التجارى على سبيل الحصر . وأهم هذه الأعمال هى شراء البضائع والسلع لأجل بيعها أو تأجيرها ، وعقود المقاولات المتعلقة بالمصنوعات والتجارة والنقل البرى والبحرى ، وعقود التوريد ، ومعاملات المصارف ، والأعمال المتعلقة بالكيبالات والسندات والصرافة والسمرة ، والمقاولات المتعلقة بإنشاء مباني متى كان المقاول متعهداً بتوريد الأدوات ، والأعمال المتعلقة بالسفن من إنشاء أو شراء أو بيع أو إيجار أو إقراض أو تأمين أو استخدام للبحريين .

فإذا خرج عمل عن الأعمال التى عددها النص أعمالاً تجارية ، كان هذا العمل مدنياً ، وإذا قامت شركة بهذا العمل كانت شركة مدنية . وأهم الأعمال المدنية هى الأعمال المتعلقة بالعقارات وبالخصولات الزراعية وبالنجم وبالمقاولات الخاصة بالأراضى وبالأعمال الفنية والعلمية والرياضية إذا قصد منها تحقيق ربح مادى . ومن ثم تكون الشركات التى تقوم بشراء الأراضى وبيعها واستغلالها^(١) ، وبناء الدور وبيعها واستغلالها ، شركات مدنية ، وكذلك الشركات التى تجمع الأراضى والعقارات من أصحابها لاستغلالها وتوزيع أرباحها على الأعضاء . وتعد شركات مدنية أيضاً الشركات التى تقوم باستغلال المناجم وحفر النرع ، ولكن هذه الشركات تتخذ عادة الشكل التجارى^(٢) - والشركات التى تقوم بأعمال فنية أو علمية مأجورة

(١) استئناف مخطط ٤ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٩٥ - ٢٤ يونيه سنة ١٩١٥ م

٢٧ ص ٤٤٠ .

(٢) ويمكن تكوين شركة مدنية لاستغلال آلات زراعية أو تربية مواشى . كما يمكن تكوين شركة مدنية بين مهتمين أو أطباء أو محاسبين أو خبراء أو مصلحين أو موسيقيين أو مخططين أو عظماء أو غيرهم من يباشرون أعمالاً لا تعتبر أعمالاً تجارية ، ويقرب من ذلك شركة -

بقصد توزيع الربح على الأعضاء ، كشركات التمثيل والفناء وإدارات المدارس ودور النشر والصحف والمجلات ، كل هذه تعتبر شركات مدنية^(١) .

١٦٦ - الشركات التجارية : وأهم الشركات هي الشركات التجارية ، فهي تقوم ببلور أساسى في الحياة الاقتصادية . وهي قسمان ، شركات أشخاص وشركات أموال .

شركات الأشخاص هي شركة التضامن (société collective) وشركة التوصية (société en commandite) وشركة المحاصة (société en participation) . أما شركة التضامن فهي الشركة التي يعقدها شخصان أو أكثر

= تقبل الأعمال في الفقه الإسلامى . وتعتبر شركات مدنية الشركات المكونة لتوريد المياه للمدن أو لاستغلال المياه المعدنية .

انظر في أمثلة لشركات المدنية بلانيول وريير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٨٨ ص ٢٤٦ .
(١) وأهمية التمييز بين الشركات المدنية والشركات التجارية تظهر في مسائل منها :
(أ) شكل الشركات التجارية وإجراءات تكوينها تختلف عنها في الشركات المدنية . (ب) في الشركة المدنية الشريك مسئول عن ديون الشركة حتى في ماله الخاص ولكن من غير تضامن ، أما في الشركة التجارية فتارة يكون مسئولاً في ماله الخاص بالتضامن وتارة يكون مسئولاً في حدود الأسهم التي يحملها . (ج) موت الشريك أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه أو انسحابه من الشركة المدنية يقضيها ، ولا يقع ذلك غالباً في الشركة التجارية . (د) الشركة المدنية تخضع للقضاء المدني ، والشركة التجارية تخضع للقضاء التجارى . (هـ) طرق الإثبات وسعر الفائدة تختلف في الشركات المدنية عنها في الشركات التجارية . (و) كل ما نشأ عن أعمال الشركة التجارية من الدعاوى على الشركاء غير المأمورين بتصفية الشركة يسقط بخمس سنين من تاريخ انتهاء الشركة (م ٦٥ تجارى) ، أما في الشركات المدنية فمدة التقادم خمس عشرة سنة . (ز) يجوز شهر إفلاس الشركة التجارية وتصفيتها تصفية قضائية ، ولا يجوز ذلك في الشركة المدنية .

وإذا كانت الشركة الواحدة تبشر أعمالاً بعضها مدنى وبعضها تجارى ، اتخذت صفتها تبعاً للأعمال التالية . وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أنها تكون تجارية : ما لم تكن الأعمال التجارية التي تبشرها هي أعمال نابعة للأعمال المدنية (بلانيول وريير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٩١ - فورتييه في الشركات المدنية فقرة ٦) .

بقصد الاتجار ، ويكون جميع الشركاء ملزمين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة حتى في أموالهم الخاصة . وشركة التوصية هي الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر يكونون مسئولين بالتضامن كما في شركة التضامن ، وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب حصص مالية فيها وخارجين عن الإدارة ولا يكونون مسئولين إلا في حدود حصصهم من رأس المال ويسمون موصين . وشركة الخاصة هي شركة تقوم ما بين الشركاء وحدهم ولا تكون شركة في حق الغير ، فمن عقد من الشركاء المخاصين عقداً مع الغير يكون مسئولاً عنه وحده دون غيره من الشركاء المخاصين ، ثم تقسم على الشركاء الأرباح والخسائر التي تنشأ من أعمالهم ، سواء حصلت منهم منفردين أو مجتمعين ، وذلك على حسب الشروط المتفق عليها في عقد الشركة .

وشركة التوصية على التحديد الذي قدمناه هي شركة أشخاص بالنسبة إلى الشركاء المتضامين ، وشركة أموال بالنسبة إلى الشركاء الموصين . وقد تكون حصص الشركاء الموصين في رأس مال الشركة أسهماً ، تسمى الشركة عندئذ بشركة توصية بالأسهم (société en commandite par actions) .

وأهم شركات الأموال هي شركة المساهمة (société anonyme) ، يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة ، ويكون لكل شريك عدد من هذه الأسهم ، ويتفاوت الشركاء تفاوتاً كبيراً في عدد الأسهم التي يملكونها . ولا يكون كل شريك مسئولاً إلا في حدود الأسهم التي يملكها . وقد وضع القانون قيوداً كثيرة على تأسيس شركات المساهمة ، قصد بها حماية المساهمين وحماية المتعاملين مع هذه الشركات^(١) . ولا يجوز تأسيس شركة المساهمة إلا بأمر يصدر من السلطة العامة .

(١) وأهم هذه القيود ، وقد وردت في القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ ، ما يأتي :

(١) لا يجوز الترخيص في إنشاء شركة مساهمة إلا إذا كان من الأعضاء المؤسسين سبعة على الأقل (١/٢ م) . (ب) يجب أن يكون رأس مال الشركة كائناً لتحقيق غرضها ، وألا يقل =

وهذه القيود كثيراً ما تعوق الشركات من أن تتخذ صفة الشركة المساهمة ومن أن تنفع بمزاياها ، ولعمها تحديد مسئولية كل شريك بالأهم التي يملكها من رأس المال . لذلك استحدث المشرع المصري ، بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ ، نوعاً من الشركات كانت الحاجة ماسة إليه ، سميت بالشركات ذات المسئولية المحدودة (société à responsabilité limitée) . وقد أعفيت هذه الشركات من أكثر قيود شركات المساهمة ، مع استبقاء مزايتها الجوهرية وهي أن تكون مسئولية الشركاء مقصورة على مقدار الحصص التي يملكونها في هذه الشركة . ولكن هذه الشركات يحيط بها قيودان أساسيان : (١) فلا يجوز أن يقل رأس مالها عن ألف جنيه ، ويقسم رأس المال إلى حصص متساوية لا تقل قيمة كل منها عن عشرين جنيهاً . (٢) ولا يجوز أن يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسين شريكاً ، ولا يقل عن اثنين فإن كان بين الشركاء زوجان يجب أن يكون عدد الشركاء ثلاثة على الأقل .

١٦٧ - الشركات المدنية ذات الشكل التجاري : وقد نجد شركة مدنية ، كشركة لبيع الأراضي أو شركة لاستغلال المناجم أو شركة لحفر الترع أو نحو ذلك من الشركات المدنية الهامة ، من المناسب أن تتخذ شكلاً من أشكال الشركات التجارية كشكل الشركة المساهمة أو شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة أو شكل شركة التوصية بالأهم . ويكون الغرض من ذلك أن تجمع الشركة رأس المال الكافي للقيام بأعمالها ذات التكاليف

في أي حال ما يكون مدفوعاً منه عند تأسيس الشركة من عشرين ألف جنيه . ولا تؤسس الشركة إلا إذا كان رأس مالها مكتوباً فيه بالكامل ، وقام كل مكتتب بأداء الربع على الأقل من القيمة الاسمية للأهم النقدية التي اكتتب فيها (١/٦) . (ج) يقسم رأس مال الشركة إلى أهم متساوية لا تقل القيمة الاسمية لكل منها عن خمسين (١/٧) .

ثم صدرت بعد ذلك تشريعات أوردت قيوداً أخرى مختلفة ، ليس هنا مكان بحثها .

الكثيرة ، ويتيسر لها ذلك لو أنها جعلت رأس المال أسهماً يكتب فيها الجمهور ، وفي الوقت ذاته تبقى مسئولية الشركاء مجمدة في الأسهم التي يحملها كل شريك ، فلا يكونون مسئولين في أموالهم الخاصة . وهاتان ميزتان جوهريتان تحصل عليهما الشركة المدنية إذا اتخذت شكل شركة تجارية يتكون رأس مالها من أسهم . فإذا اتخذت شركة مدنية الشكل التجاري على النحو الذي أسلفناه ، فهل تكون هذه الشركة مدنية تبعاً لطبيعة أعمالها ، أو تصبح تجارية تبعاً للشكل الذي اتخذته ؟

كان الرأي المعمول به في فرنسا ، قبل قانون سنة ١٨٩٣ ، أن الشركة المدنية إذا اتخذت شكلاً تجارياً تعتبر شركة تجارية من حيث مسئولية الشركاء نحو دائي الشركة . فإذا اتخذت شكل شركة التضامن أصبح الشركاء مسئولين بالتضامن حتى في أموالهم الخاصة عن ديون الشركة ، وإذا اتخذت شكل شركة التوصية أو شركة المساهمة أصبح الشركاء الموصون أو المساهمون مسئولين بقدر أسهمهم فقط . وغنى عن البيان أن الشركة المدنية في هذه الحالة يجب أن تستوفي الإجراءات اللازمة لتكوين الشركة التجارية التي اتخذت شكلها . أما أعمال الشركة المدنية ذات الشكل التجاري فتبقى أعمالاً مدنية ، ومن ثم لا تكون المحكمة التجارية مختصة بل المخصص هي المحكمة المدنية ، ولا تلزم الشركة بأن تحتفظ بالدفاتر التي تحتفظ بها الشركة التجارية ، ولا تكون مدة التقادم خمس سنوات وهي المدة الخاصة بالشركات التجارية ، ولا يجوز شهر إفلاس الشركة المدنية ذات الشكل التجاري ولا تصفيتا تصفية قضائية . ثم صدر في فرنسا قانون أول أغسطس سنة ١٨٩٣ ، عقب اضطراب الحالة المالية لشركة بناما وكانت شركة مدنية ذات شكل تجاري فكان لا يمكن شهر إفلاسها مما سبب ضياع أموال المساهمين^(١) . وقد قضى هذا القانون بأن أية شركة مدنية تتخذ

(١) انظر أوبري ورو وإسبان ٦ فترة ٢٧٩ ص ٢٢ حاشي رقم ٨ فيما يخص شركة بناما .

شكل شركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم تصبح شركة تجارية ، فتسرى عليها القوانين والعادات التجارية . ومن ثم أصبح يجوز شهر إفلاس الشركة المدنية ذات الشكل التجارى وتصفيها تصفية قضائية ، ووجب على هذه الشركة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية ، وتكون المحكمة التجارية هى المختصة ، ولكن نظراً لأن أعمال الشركة هى بطبيعتها أعمال مدنية ، فالرأى الغالب فى فرنسا أن القواعد المدنية فى الإثبات وفى سعر الفائدة ، لا القواعد التجارية .
هى التى تسرى^(١) .

وليس فى مصر تشريع يقابل قانون سنة ١٨٩٣ فى فرنسا^(٢) ، ولكن القفه والقضاء يميزان أن تتخذ الشركة المدنية الشكل التجارى . فإذا اتخذت شكل شركة المساهمة ، وجب أن تراعى الإجراءات والشروط اللازمة لتكوين هذه الشركة ، وخضعت لقواعد الإدارة والرقابة التى ينص عليها القانون فى الشركات المساهمة ، وتحددت مسئولية الشركاء بالأسهم التى يحملها كل منهم . وكذلك الحكم إذا اتخذت الشركة المدنية شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة أو شكل شركة التوصية . فإذا اتخذت شكل شركة التضامن ، كان الشركاء مسئولين عن ديون الشركة حتى فى أموالهم الخاصة بطريق التضامن . ولكن الشركة المدنية ذات الشكل التجارى فى مصر - وأعمالها بطبيعتها أعمال مدنية - لا تخضع للقضاء التجارى ، ولا تلزم

(١) أنظر أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٣٧٩ ص ٣٢ - ص ٣٥ - بلانزيل وريير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٩٢ - فقرة ٩٩٥ مكررة - فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٧ .

(٢) اشتمل المقتنين المدف البيسى على نص فى هذه المسألة ، هو المادة ٤٩٦ من هذا المقتنين ، ويجرى على الوجه الآتى : « الشركات التى يكون غرضها القيام بعمل يختلف عن المشاريع التجارية تنظمها الأحكام التالية ، ما لم يتفق الشركاء على تأسيس الشركة على نمط أحد أنواع الشركات التجارية المفضة . وفى هذه الحالة تخضع الشركة لأحكام القانون التجارى الخاصة بذلك النوع وفى عليه الاختيار ، ويدخل فى ذلك التقييد فى السجل التجارى ، إلا أنها لا تخضع لتفليس » .

بالحفاظ بالدفاتر التجارية ، وتكون مدة التقادم فيها هي المدة المقررة في القانون المدني ، وقواعد الإثبات فيها وسعر القائلة هي القواعد المدنية ، ولا يجوز شهر إفلاسها ولا تصفيتها تصفية قضائية^(١). على أن هناك طائفتين من الأحكام التجارية تسريان على الشركة المدنية ذات الشكل التجاري في مصر ، وذلك بموجب نصوص خاصة : (١) تسرى على هذه الشركة أحكام قانون السجل التجاري ، متى اتخذت شكل شركة المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة التوصية بالأسهم ، وذلك بموجب القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٤ . (٢) وتسرى على هذه الشركة أيضاً الأحكام الخاصة بالضرائب على الأرباح التجارية والصناعية متى اتخذت شكل شركة المساهمة ، وذلك بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالضرائب على الثروة المنقولة^(٢) .

§ ٣ - التنظيم التشريعي لعقد الشركة

١٦٨ - **عقد الشركة في النسخ المرفق السابق** : لم يكن التقنين المدني السابق مقلاً في النصوص التي خصصها لعقد الشركة ، ولكن كان يعوزه الترتيب ، وينقصه بعض الأحكام الأساسية ، وقد جاءت بعض أحكامه مبهمة في حاجة إلى الإيضاح ، أو معيبة في حاجة إلى التعديل ، أو مسبهة في حاجة إلى الإيجاز .

فقد عقد باباً للشركة ، قسمه إلى فصلين . نظم في الفصل الأول منها عقد الشركة ، فعرّفها ، وأورد الأحكام المتعلقة بمحصر الشركاء وكيفية

(١) استئناف مخطط ١٤ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٣ - ١٢ فبراير سنة ١٩١٨

٢٠٨ ص ٢٠ م

(٢) الأستاذ محمد كامل أمين ملش في الشركات سنة ١٩٥٧ فقرة ٤٠ - فقرة ٤٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤٢٠ .

تقسم الربح والخسارة ، ثم أورد الأحكام المتعلقة بإدارة الشركة ،
فالأحكام المتعلقة بانقضاءها . ونظم في الفصل الثاني تصفية الشركة وقسمة
أموالها بين الشركاء ، وحقوق دائي الشركة ، وحقوق الدائنين الشخصيين
للشركاء ، وحتى الاسترداد عند بيع الحصة الشائعة . فجاء ترتيب الأحكام
غير خال من الاضطراب ، هنا إلى أن هناك أحكاماً كثيرة لم يذكرها
التقنين السابق فتلافى التقنين الجديد هذا النقص .

١٦٩ - **عقد الشركة في التقنين المدني الجديد** : وقد عنى التقنين المدني
الجديد بعقد الشركة ليس فحسب لأن الشركات المدنية قد زادت أهميتها
في الوقت الحاضر ، بل أيضاً لأن النصوص المتعلقة بالشركة المدنية تعتبر
نصوصاً أساسية للشركات المدنية والتجارية جميعاً ، ففسر هذه النصوص
على الشركات التجارية ما لم تتعارض مع النصوص الخاصة الواردة في التقنين
التجاري في خصوص هذه الشركات^(١) .

فعرف التقنين المدني الجديد عقد الشركة ، واعتبرها بمجرد تكوينها
شخصاً معنوياً . ثم قسم النصوص الباقية إلى أقسام خمسة : (١) أركان
الشركة . (٢) وإدارة الشركة : (٣) وآثار الشركة بالنسبة إلى الشركاء
(٤) وطرق انقضاء الشركة . (٥) وتصفية أموال الشركة .

ففي أركان الشركة ، أوجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان
باطلاً ، وأورد الأحكام المتعلقة بمحصر الشركاء سواء كانت هذه المحصر

(١) وتقول المادة ١٩ من التقنين التجاري في هذا الصدد : « وتتبع في هذه الشركات
(التجارية) الأصول السومية المبينة في القانون المدني والشروط المتفق عليها بين الشركاء والقواعد
الآتية » (أي قواعد التقنين التجاري) . وكانت المادة ٤٤٧/٤٤٤ من التقنين المدني السابق
تنص على أنه « تتبع هذه القواعد (المدنية) في كافة الشركات ، مع عدم الإخلال بما هو منصوص
في قانون التجارة فيما يتعلق بمواد الشركات التجارية » .

مبالغ من النقود أو حقوق ملكية أو حقوق حينية أخرى أو ديوناً أو عملاً ،
وبين كيف تتقاسم الشركاء الربح أو الخسارة .

وفي إدارة الشركة ، حدد سلطة الشريك المنتخب للإدارة سواء كان
هذا الشريك واحداً أو متعدداً ، وحدد سلطة المدير غير الشريك ، وبين
حقوق الشركاء غير المديرين .

وفي آثار الشركة بالنسبة إلى الشركاء ، بين كيف تنقضى الشركة
بانقضاء مدتها أو بانتهاء عملها أو بهلاك مالها أو بموت أحد الشركاء
أو الحجر عليه أو إصهاره أو إفلاسه أو انسحابه ، أو بطلب أحد الشركاء
حل الشركة ، ومتى يجوز فصل الشريك ومتى يجوز إخراج الشريك نفسه
من الشركة .

وفي تصفية أموال الشركة ، بين من يقوم بالتصفية ، وحدد سلطة
المصنف ، وذكر كيف تقسم أموال الشركة بين الشركاء بعد التصفية
وسداد الديون . وأحال في قسمة الشركات على القواعد المتعلقة بقسمة
المال الشائع .

١٧٠ - مزايا التصفية المبررة في عقد الشركة : وقد بينت المذكرة

الإيضاحية للشروع التمهيدى مزايا التفتين الجديد في تنظيمه لعقد الشركة في
عبارة مفصلة ، نكتفي هنا بقلها :

« حرص المشرع في عرضه لقواعد الشركة على أن يتبع ترتيباً أقرب
إلى المنطق من الترتيب الذى جرى عليه التفتين الحالى (السابق) ، فهو
يستعرض أحكامها في ستة أقسام تتناول الأحكام العامة وأركان عقد الشركة
وإدارتها وآثارها فيما بين الشركاء وبالنسبة للغير ، وطرق انتهائها وأخيراً
تصفيتها ثم قسمة الأموال . وقد وجد المشروع هنا أيضاً السبيل واسماً
إلى التفتيح ، فأضاف نصوصاً جديدة ، وحذف نصوصاً لا فائدة منها ،
وعدل أحكاماً معينة أو مبهمة » .

و أضاف نصوصاً جديدة في تقرير الشخصية القانونية للشركات وإجراءات نشرها ، ووجوب توفر الشكل الكتابي في عقد الشركة ، وحصة الشريك إذا لم تكن إلا عملاً أو ديوناً في ذمة الغير ، واحتساب الأغلبية العددية ، وتحديد حقوق الدائنين الشخصيين للشركاء . كذلك فيما يتعلق بطرق انقضاء الشركة ، أضاف المشروع نصوصاً جديدة في امتداد الشركة ، وهلاك الشيء ، و وفاة أحد الشركاء أو انسحابه أو فصله . أما فيما يتعلق بتصفية الشركات وقسمتها ، فإن المشروع أدخل تعديلاً هاماً ، فهو — خلافاً للتقنين الحالي (السابق) — لا يعرض في باب الشركة إلا لتصفية الشركات وقسمة أموالها بين الشركاء . أما القواعد العامة للقسمة ، فقد أوردتها في باب الملكية على الشيوع . وقد تكلم في تصفية الشركة على انتهاء سلطة المديرين ، وبقاء شخصية الشركة ، وتعيين المصنف وتحديد سلطاته ، وقسمة الصافي من أموال الشركة على الشركاء .

« وحذف نصوصاً لا تعدل أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة ، دون أن تكون في ذكرها فائتة . من ذلك تعيين الحصة وبيان نوعها ووجوب حصرها إذا كانت شاملة لكل أموال الشريك (م ٤٢٢ / ٥١٤ ملئ سابق) ، وزمان الوفاء بالحصة (٤٢٣ / ٥١٥ ملئ سابق) ، وإحلال الشريك غيره محله في الشركة (م ٤٤٢ / ٥٣٩ ملئ سابق) ، وعدم الإخلال بما هو منصوص عليه في قانون التجارة فيما يتعلق بمواد الشركات التجارية (م ٤٤٧ / ٥٤٤ ملئ سابق) » .

« وعدل أحكاماً معينة ، وحدد أحكاماً مبهمة وأوجز في أحكام مبهمة . من ذلك تعريفه لعقد الشركة تعريفاً يبرز عناصرها وخصائصها الأساسية ، وتحديد حصص الشركاء وافترض تساويها في القيمة وعدم جواز اقتصاها على ما يكون للشركاء من نفوذ أو على ما يتمتعون به من ثقة مالية ، وإلزام الشريك الذي يقدم حصته مبلغاً من النقود من وقت

استحقاقه بحكم القانون ودون حاجة إلى إنذار وبالتعويض التكميلي عند الانقضاء حتى لو كان حسن النية . ومن ذلك أيضاً ضمان الشريك لحصته إذا كانت مالا أو مجرد الانقضاء به ، ونصيب الشريك الذي يقدم حصته عملاً من أرباح الشركة ، وتحديد سلطات المديرين وحقوقهم ، وحقوق الشركاء غير المديرين ، وتحديد درجة العناية الواجب على الشريك بلحاظ رعاية مصالح الشركة ، وبيان طرق انقضاء الشركة ، وتقييد سلطة المصن في بيع موجودات الشركة ^(١) .

١٧١ - **خطة البحث :** وسنتبع ترتيب التقنين المدني الجديد ، فنبحث عقد الشركة في فصول ثلاثة : الفصل الأول في أركان الشركة ، والفصل الثاني في أحكام الشركة ، فتكلم في إداوتها وفي أثرها بالنسبة إلى الشركاء ، والفصل الثالث في انقضاء الشركة ، فتكلم في أسباب الانقضاء وفي تصفية أموال الشركة .

الفصل الأول

أركان الشركة

١٧٢ - **أركان معنوية** - **الشخصية المعنوية** : لعقد الشركة ، كما لسانر العقود ، أركان ثلاثة : **الراضى** والمحل والسبب . وتمتاز الشركة بأنها تعبر ، بمجرد تكوينها وتوافر أركانها شخصاً معنوياً . فتتكلم في المسائل الآتية : (١) **الراضى** في عقد الشركة (٢) **المحل** والسبب في عقد الشركة (٣) **الشخصية المعنوية** للشركة .

الفرع الأول

الراضى في عقد الشركة

١٧٣ - **شروط الانعقاد وشروط الصحة** : نتكلم في شروط الانعقاد في **الراضى** ، ثم في شروط صحة **الراضى** .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

١٧٤ - **الموضوع** : الشركة لا تنعقد إلا براضى الشركاء . ولا جديد يقال في **الراضى** من حيث الموضوع ، فلا بد من تراضى الشركاء على موضوع الشركة وحصة كل شريك ، وفقاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد^(١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع انتهى : « يجب أن تتوافر لشركة كل الأركان المادية للعقد : الرضا والمحل والسبب . وقد أوردت بعض التفتينات . . نصوراً خاصة »

« هذه الأركان . لكن المذروح لم ير حاجة الإيراد مثل هذه النصوص ، لأنها ليست إلا تكراراً للاثانة فيه القواعد العامة ، ولشركة كثيرها من العقود تخضع من حيث تنظيم أركانها المبادئ العامة الواردة في باب الالتزامات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٣) . وقد قضت محكمة قضا بأنه لا سهل لأغراض وجود شركة بغير اتفاق ، فإذا اشترك اثنان في القيام بأعمال من شأنها الإتيان بفائدة مالية لأموال ثابتة ملك أحدهما ، فإن ذلك لا يترتب عليه اعتبار الآخر شريكاً له في تلك الأموال ، خصوصاً إذا كانا من عائلة واحدة ، لأن المهود في العائلات لهم أحد أفرادها مباشرة للشؤون الخاصة بالفرد الآخر من باب المجاملة والمعاونة أو في مقابل فائدة خصوصية لا يمكن أن تتناول حق الاشتراك في الأرباح المذكورة (قضا ٩ مارس سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١١٤) .

وتسرى على الوعد بالشركة القواعد العامة في الوعد بالعقد ، وهي القواعد الواردة ، في المادة ١٠١ مدني ، وتجري كما رأينا على الوجه الآتي : ١ - الاتفاق الذي يمسد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينتقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد . ويخلص من هذا النص أنه إذا وعد شخص بأن يدخل في شركة ، وجب أن يتضمن الوعد جميع أركان الشركة من الشركاء ورأس المال وحصة كل شريك فيه والأعمال التي تقوم بها الشركة وغير ذلك من الشروط . ويجب أن يكون الوعد في ورقة مكتوبة ، لأن الكتابة ضرورية لانقضاء الشركة فتكون ضرورية أيضاً لانقضاء الوعد بالشركة . ويلتزم الواعد بوعده ، فإذا تقاضاه الشركاء تنفيذ الوعد وجب التنفيذ بأن يدخل شريكاً في عقد الشركة . ويلحق بعض الفقهاء إلى أنه لما كانت الشركة من العقود التي تراضى فيها شخصية المتعاقدين ، فلا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ التزامه عيناً ، لأن طبيعة الالتزام لا تسمح بالتنفيذ العيني ، ويتقضى على الواعد بالتصويض لإخلاله بالتزامه (جيوار فقرة ٣٣ - فورييه في الشركات للمغنية فقرة ١٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤٠٢ ص ٤٦٣) . ولكن يعارض هذا الرأي أن الواعد كان يعلم عند الوعد بشركائه وقد وعد أن يدخل شريكاً معهم ، فلا يجوز له عند ما يطالب بتنفيذ وعده أن يحتج بعدم ارتضائه لشخصية هؤلاء الشركاء . لذلك نرى أنه يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده عيناً ، ويقوم المحكم عليه بذلك مقام عقد الشركة تطبيقاً لقاعدة ١٠٢ مدني (انظر في هذا المعنى بودري وقال ٢٣ فقرة ٢٣) . وغنى عن البيان أن إلتزام الواعد بتنفيذ وعده عيناً على النحو السالف الذكر لا يمنعه ، وقد أصبح شريكاً ، من أن يستعمل حقوق الشريك ، فيجوز له بوجه خاص أن ينسحب من الشركة إذا كانت منها غير معينة ، حل أن يملن لإرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ولا يكون الانسحاب من غش أو في وقت غير لائق (م ١/٥٢٩ مدني) .

١٧٥ - الشكل - نص قانوني . أما من حيث الشكل ، فقد أصبح عقد الشركة في التقنين المدني الجديد عقداً شكلياً ، إذ يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً . وتنص المادة ٥٠٧ من التقنين المدني الجديد في هذا الصدد على ما يأتي :

١ - يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً ، وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد .

٢ - غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، فكان عقد الشركة في هذا التقنين عقداً رضائياً يتعقد بتطابق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى ورقة مكتوبة (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٩١ من المشروع التمهيدى على وجه يفتق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن صدر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى كان على الوجه الآتي : « يجب أن يكون عقد الشركة في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية ، وإلا كان العقد باطلاً » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٥٣٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بعبارة « في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية » عبارة « يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً » ، ثم فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنة تحت رقم ٥٠٧ (مجموعة الأعمال التصحيحية ٤ ص ٣٠٨ وص ٣١٠ - ص ٣١١) .

(٢) ومن ثم فإن الشركات المدنية التي أبرمت عقودها قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ دون ورقة مكتوبة تكون صحيحة ، إذ تسمى عليها أحكام التقنين المدني السابق ، وتخضع في إثباتها لقواعد المقررة في الإثبات (نقض مدني أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة صر ٢ رقم ١٨٧ ص ٥٦٧) .

السوري م ٤٧٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٤٩٧ - ٤٩٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٢٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٤٨^(١).

١٧٦ - بوتغفر الشركة بورقة مكتوبة : ويتبين من النص السالف الذكر أن الشركة لا تتخذ ، كما قلنا ، إلا بورقة مكتوبة . وقد تكون هذه الورقة ورقة رسمية أو ورقة عرفية ، وقد كان المشروع التمهيدى يورد هنا التفصيل^(٢) ، فاكفى في النص النهائى بذكر الورقة المكتوبة ، فإنه إذا جاز أن تتخذ الشركة بورقة عرفية فأولى أن تتخذ بورقة رسمية . غير أنه يلاحظ أن الشركاء إذا اخطروا أن يعقدوا الشركة بورقة رسمية ، وجب عليهم أن يلتزموا هنا للشكل في كل ما يدخلونه بعد ذلك على عقد

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٩٧ : لا ينفع عقد الشركة المدنية لشركات لأجراءات معينة باستثناء ما يتطلب طيبة ما يقدمه الشركاء من أموال حصصاً في الشركة .

م ٤٩٨ : لا يجوز إدخال تغيير على عقد الشركة إلا بموافقة جميع الأعضاء ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . (ويختلف التقنين الليبي عن التقنين المصري في أنه لا يتطلب ورقة مكتوبة لانقضاء الشركة ، فالشركة المدنية فيه عقد رضائى) .

التقنين المدني العراقي م ٦٢٨ (مطابق - وانظر الأستاذ حسن الملون فقرة ٨٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٤٨ : ثم الشركة بموافقة المتعاقدين . هل تأسبها بعمل سائر بنود العقد ، فيما خلا الحالة التي يوجب فيها القانون صيغة خاصة . غير أنه إذا كان موضوع الشركة أملاكاً ثابتة أو غيرها من الأملاك القابلة للرهن العقاري ، وكانت لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، وجب أن يوضع قطعاً خطأ وأن يسجل بالصيغة القانونية . ويجب ملاحظة أن ذلك إتمام للمعاملات المنصوص عليها في القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض المالي في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ .

(والتقنين اللبناني لا يوجب شكلاً معيناً في شركة المتقولات فهو عقد رضائى . أما شركة العقارات فقد اشترط فيها أن تكون بورقة مكتوبة مسجلة مع مراعاة الإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقارات إلى الشركة) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٦٤٨ في الملحق .

الشركة من تعديلات ، فيدونوا هذه التعديلات في ورقة رسمية أسوة بالعقد الأصلي . أما إذا اقتصروا في عقد الشركة على ورقة عرفية ، فإن ما يدخلونه من تعديلات بعد ذلك يكفى فيها ورقة عرفية كالعقد الأصلي . وفي هذا المعنى تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٥٧ هـ مدنى : « وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى أفرغ فيه ذلك العقد » .

١٧٧ - جزء الإجراء بالشكل الواجب : فإذا لم يكن عقد الشركة الأصلي في ورقة مكتوبة ، أو لم تكن التعديلات التى يدخلها الشركاء بعد ذلك في الشكل ذاته الذى أفرغ فيه العقد الأصلي ، كانت الشركة أو التعديلات التالية باطلة . ولما كان البطلان هنا جزءا على الإخلال بالشكل ، وقد قدمنا أن القانون هو الذى يعين الجزء على الإخلال بالشكل إذ الشكل من صنعه ، فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة وقد يسمح بإجازته^(١) ، فإن المشرع هنا أورد تفصيلات هامة فبين يجوز له التمسك ببطلان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب .

ففيما بين الشركاء يبقى عقد الشركة غير المكتوب قائماً منتجاً لجميع آثاره ، ومنها إلزام الشركاء بتقديم حصصهم في الشركة واقتسام الربح والخسارة على الوجه المبين في العقد غير المكتوب ، وذلك إلى الوقت الذى يرفع فيه أحد الشركاء الدعوى ببطلان الشركة . فن وقت المطالبة القضائية بالبطلان يصبح عقد الشركة باطلا ، والحكم بالبطلان يستند إلى وقت رفع الدعوى . فيمر عقد الشركة غير المكتوب إذن على مرحلتين يفصل بينهما رفع دعوى البطلان ، مرحلة الصحة قبل رفع الدعوى ومرحلة البطلان

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٧٩ .

بعد رفعها . على أنه في المرحلة الأولى إذا اقتضى الأمر أن يثبت أحد المصكوك عقد الشركة في مواجهة شركائه ، وجب اتباع القواعد المدنية في الإثبات . فإذا زاد رأس مال الشركة على عشرة جنيهات ، وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالإقرار أو باليمين . وإذا لم يزد رأس مال الشركة على عشرة جنيهات ، جاز الإثبات بجميع الطرق وتدخل في ذلك البيئة والقرائن .

أما في حق الغير ، فلفغير أن يحتج على الشركاء ببطان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب^(١) . فإذا طالبت الشركة أحد من تعامل معها ، جاز لهذا الغير أن يدفع المطالبة بأن الشركة باطلة وأن التعاقد معها باطل ، ولا يرجع الشركاء على الغير في هذه الحالة إلا بما تقضى به القواعد العامة في العقد الباطل . ولكن يجوز للغير أن يغفل بطلان الشركة وأن يتمسكه بوجودها ، وفي هذه الحالة تعتبر الشركة صحيحة قائمة منتجة لآثارها . فإذا كان الغير قد تعاقد مع الشركة وأراد أن يطالبها بالتزاماتها ، فلا يجوز للشركة أن تحتج عليه ببطلانها لعدم استيفائها الشكل المطلوب^(٢) وبأن التعاقد معه كان باطلا لهذا السبب ، بل تلزم الشركة بالوفاء بالتزاماتها نحو الغير على اعتبار أنها شركة صحيحة قائمة . وللغير أن يثبت وجود الشركة بجميع طرق الإثبات ، وفيها البيئة والقرائن ، حتى لو زاد رأس مالها على عشرة جنيهات لأنه من الغير^(٣) . ويتبين من ذلك أن بطلان الشركة

(١) وكذلك الغير أن يحتج ألا تكون للشركة شخصية معنوية لعدم استيفائها إجراءات النشر التي يقرها القانون ، على ما سيأتى . ومصلحة الضرائب تعتبر من الغير ، فلها الحق في التمسك بطلان الشركة (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٢٥ المحبوسة الرسمية ٤٧ رقم ١٢٢) . (٢ /

(٢) أولعدم استيفائها إجراءات النشر التي يقرها القانون على ما سيأتى .

(٣) إلا أن العقد الذى أبرمه الغير مع الشركة تراضى فيه القواعد العامة للإثبات . هذا وإذا كانت الشركة الباقية لعدم استيفاء الشكل شركة تجارية ، جاز للغير طلب الحكم =

لعدم استيفائها الشكل المطلوب يجوز أن يحتج به الغير قبل الشركة ، ولكن لا يجوز للشركة أن تحتج به قبل الغير^(١) .

وقد نظم المشرع المصرى تنظيمًا تشريعيًا ما يسميه الفقه الفرنسى بالشركات الواقعية (sociétés de fait) ، وهى شركات تكون باطلة^(٢) أو تكون قد انقضت وتبقى مع ذلك مباشرة لنشاطها ، أو شركات تقوم بالفعل دون عقد ما بين الشركاء فتكسب المظهر الخارجى للشركة . فهذه كلها شركات لا وجود لها قانونًا ، ولكنها شركات واقعية ، ومن ثم يجب حماية حقوق الغير الذى يتعامل معها . فيجوز للغير ، بحسب مصلحته ، إما أن يتمسك ببطان الشركة وإما أن يتمسك بقيامها على الوجه الذى أسلفناه فيها تقدم^(٣) .

المبحث الثانى

شروط الصحة

١٧٨ - **الأهلية:** يجب لصحة الشركة أن يكون الشريك أهلاً لإبرام عقد الشركة ، وأهلية الشركة هى أهلية الالتزام^(٤) ، فلا تكفى

= بـ شهر إفلاسها (نقض على ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٤ ص ٢١٢) .

(١) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية

٤ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ .

(٢) ويستوى أن يرجع سبب البطان إلى الشكل أو إلى الموضوع .

(٣) انظر هيمار فى بطان الشركة والشركات الواقعية الطبقة الثانية سنة ١٩٢٦ -

أوبرى ورو وإسان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ٢٢ - ص ٢٣ - بلانويول وزيير وليبارنيير ١١

فقرة ١٠٧٢ - غورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٥٩ - فقرة ٦٠

(٤) وكذلك أهلية التصرف إذا كانت حصّة الشريك تقتضى نقل ملكية أو حق عيّن .

أهلية الإدارة ، لأن الشريك يلتزم بعقد الشركة ويلتزم بديونها في حاله الخاص .

فالصبي غير المميز ، وعدم التمييز بوجه عام كالمجنون والمعتوه ، ليسوا أهلاً لأن يكونوا شركاء ، ويكون عقد الشركة في هذه الحالة باطلاً . ولكن يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يشارك بمال المحجور ، ويكون ذلك من قبيل استثمار هذا المال ، ولكن يجب الحصول على إذن المحكمة وفقاً للقواعد المقررة في قانون الولاية على المال (م ٣٩ من هذا القانون) .

والصبي المميز والمحجور عليه لعه أو سفه لا يجوز له أن يكونوا شركاء ، ولكن يجوز للولي أو الوصي أو القيم استغلال مال المحجور في شركة على الوجه الذي قدمناه . ويستوى أن يكون الصبي المميز مأذوناً له في إدارة أمواله أو غير مأذون ، فهو في الحالتين لا يكون أهلاً لعقد الشركة ، لأنه يحصل بالإذن على أهلية الإدارة دون أهلية الالتزام ، وقد قدمنا أن الشريك يجب أن تتوافر فيه أهلية الالتزام . وإذا دخل ناقص عقد الشركة ، كان هذا العقد قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية ، الأهلية في وترد عليه الإجازة وفقاً للقواعد المقررة في قابلية العقد للإبطال^(١) .

فيجب إذن لتوافر أهلية الشركة أن يكون الشريك قد بلغ سن الرشد ، فيصبح أهلاً للالتزام في ماله . ومتى بلغ الشخص سن الرشد كان أهلاً لعقد الشركة ، حتى لو كان الشريك الآخر زوجاً له ، فيجوز في القانون المصري الشركة ما بين الزوجين ، خلافاً للقانون الفرنسي حيث يحرم القضاء هذه الشركة^(٢) .

(١) وسرى فيما يلي (فقرة ٢٣١) أنه يجوز أن تبقى الشركة بعد موت أحد الشركاء ، وتستمر مع ورقة الشريك الميت ولو كانوا قسراً (م ٥٢٨/٢ مدني) .

(٢) انظر في بطلان الشركة بين الزوجين في القضاء الفرنسي ومعارضة الفقه الفرنسي =

ويموز للبالغ الرشيد التوكيل في إبرام عقد الشركة ، ولكن يجب أن يكون عقد الوكالة مكتوباً كمقد الشركة ذاته ، إذ يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني الذي يكون عمل الوكالة (م ٧٠٠ مدني) . ولا بد أن تكون الوكالة خاصة ، ولا تكني الوكالة العامة إذ الشركة ليست من أعمال الإدارة (م ٧٠٢ مدني) .

١٧٩ - عيوب الرضاء : ورضاء الشريك يكون معيباً إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وتجري على عيوب الرضاء في عقد الشركة القواعد العامة المقررة في عيوب الرضاء في نظرية العقد . فيكون عقد الشركة قابلاً للإبطال لمصلحة الشريك الذي شاب رضاه عيب ، وله أن يميز العقد وفقاً للقواعد المقررة في إجازة العقود القابلة للإبطال .

والغلط في شخصية الشركاء يعتبر غلطاً جوهرياً يجعل عقد الشركة قابلاً للإبطال ، ذلك أن الشركة عقد تدخل فيه الاعتبارات الشخصية بالنسبة إلى الشركاء . ولا يؤثر الغلط الذي يقع في تقدير قيمة الحصص أو في احتمالات نجاح الشركة في أعمالها ، فإن مثل هذا الغلط لا يكون في العادة غلطاً جوهرياً^(١) .

= قضاء في ذلك : أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٧ - ص ١٩ - بلانبول وديبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٣ - فقرة ١٠٠٤ - فورنييه في الشركات المدنية فقرة ٢٩ . وقد نصت المادة ٨٤٦ من تقنين الموجبات والعقود البناف على ما يأتي : « لا يجوز أن تشدد الشركة : أولاً - بين الأب والابن الذي لا يزال خاضعاً للسلطة الأبوية . ثانياً - بين الوصي والتامسز إلى أن يبلغ التامسز من الرشد ويقدم الوصي حساب الوصاية وتم الموافقة النهائية عليه . ثالثاً - بين ولي فائدة الأهلية أو متولى إدارة إحدى المنشآت الدينية وبين الأشخاص الذين يهرون أموالهم . إن ترخيص الأب أو الولي للقاسر أو لفائدة الأهلية في تعاملات التجارة لا يكفي لملهمها أملاً لتسند سهمها على إنشاء شركة » .

(١) بلانبول وديبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٠ ص ٢٦٧ - استئناف غطط أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٤ .

ويشوب رضاه الشريك للتدليس ، إذا جر للدخول في الشركة بطرق احتيالية لولاها لما كان يرضى بالدخول . مثل ذلك أن تقدم له ميزانية للشركة غير صحيحة : أو أن تخاط الشركة بمظاهر كاذبة من النجاح في أعمالها ، أو أن يكتم عن الشريك عمداً ديون الشركة أو التزاماتها العامة ، أو أن يؤخر أحد الشركاء الآخرين في التوفر على أسباب من شأنها إنجاح أعمال الشركة ولا يكون هذا الشريك متوفراً على هذه الأسباب^(١) .

الفرع الثاني

المحل والاسبب في عقد الشركة

١٨٠ - تطبيق القواعد العامة : يجب أن يكون لعقد الشركة محل وسبب ، شأن الشركة في ذلك شأن أى عقد آخر . ويجب أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً ، وأن يكون مبنياً أو قابلاً للتأمين ، ولأنه يكون قابلاً للتعامل فيه وبخاصة أن يكون مشروعاً ، كما يجب أن يكون السبب مشروعاً . وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة .

أما محل الشركة فهو رأس مالها مقسماً إلى حصص لكل شريك حصه . كذلك يكون محلاً للشركة الأعمال التي تقوم بها لاستغلال رأس المال . فيجب أن تتوافر شروط المحل التي قدمناها في كل ذلك ، فإذا تخلف شرط منها كانت الشركة باطلة^(٢) .

(١) بلانويل وديير وليبارنير ١١ فقرة ١٠٠٠ - فورنييه في الشركات المدنية

فقرة ١٦ .

(٢) ونص المادة ٨٤٧ من تقنين الموجبات والنفوذ البناني على أنه « يجب أن يكون لكل شركة غرض سلب . فكل شركة يكون غرضها مخالفاً للأداب أو النظام العام أو لقانون باطله حتماً . وباطلة أيضاً كل شركة يكون موضوعها أشياء لا تعد مالا بين الناس » . وانظر أيضاً المواد ٨٥٢ - ٨٥٥ من هذا التقنين .

ويترتب على ذلك أن الشركة تكون باطلة إذا كانت حصص الشركاء مالا لا يجوز التعامل فيه^(١) . وتكون باطلة أيضاً إذا كانت الأعمال التي تباشرها الشركة طبقاً لمقد تأسيسها أعمالاً غير مشروعة ، كتهريب المنوعات ، أو الاتجار في الحشيش أو المخدرات ، أو إدارة محل للمهارة ، أو إدارته للمقامرة ، أو بيع سلع غير مرخص في تداولها ، أو ترخيص الأوراق والمستندات لتخفيض الضرائب المستحقة ، أو التعامل بالربا الفاحش ، أو الاتجار بالرقيق ، أو نشر كتب أو صور غيلة بالحياة ، أو توزيع أوراق نصيب دون رخصة ، أو الحصول على أوسمة أو وظائف من الدولة مقابل مبالغ تدفع للشركة^(٢) .

وكذلك يكون سبب عقد الشركة غير مشروع ، فتكون الشركة باطلة ، إذا كان الباعث على العقد غير مشروع . مثل ذلك أن تكون أعمال الشركة منحصرة في سلعة معينة بغرض الحصول على أكبر الكميات منها لاحتكار السلعة وإعلاء سعرها استغلالاً لهذا الاحتكار ، أو أن يكون الغرض من الأعمال التي تقوم بها الشركة المضاربة غير المشروعة .

وبطلان الشركة في الأحوال المتقدمة هو بطلان مطلق ، يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به ، ويعمكم به القاضى من تلقاء نفسه ، ولا تلحقه الإجازة ، ولا يسرى في حق التناادم ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة المقررة في البطلان المطلق .

فإذا كانت الشركة الباطلة لم تبدأ مباشرة أعمالها ، جاز لكل شريك

(١) ويلاحظ أن يجوز أن تكون حصة الشريك مالا مستقبلاً ، إذ التعامل في المال المستقبلي جائز فيما عدا التركات المستقبلية (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ ققرة ١٠٠٨) . ولكن لا يجوز أن تكون حصة الشريك ما ينتفع به من نفوذ أو ثقة مالية ، لأن هذا ليس بمال أصلاً : انظر م ٥٠٩ منف وانظر ما يلي ققرة ١٨٥ .

(٢) بودوى وقال ٢٣ ققرة ٦٦ - ققرة ٨٠ .

أن يتمسك ببطلانها ، وأن يسترد حصته في رأس المال التي يكون قد دفعها للشركة ، ولا يستطيع أحد من الشركاء أن يلزم الباقي بالاستمرار في الشركة .

أما إذا كانت الشركة الباطلة قد باشرت أعمالها ، فجنت ربحاً أو تكبدت خسارة ، فإنها تبقى باطلة بالرغم من ذلك . ويكون لكل شريك أن يسترد حصته من رأس المال على الوجه الذي يبتاه فيما تقدم . أما فيما يتعلق بتقسيم الربح والخسارة على الشركاء ، فالفقه في فرنسا منقسم وكذلك القضاء . فتذهب أقلية من الفقهاء وأقلية من قضاة المحاكم إلى أن الشريك يقتصر على استرداد حصته من رأس المال دون أن يساهم لا في الربح ولا في الخسارة ، والشريك أو الشركاء الذين تركز في يدهم الربح أو تحملوا الخسارة بخصص لم الربح أو يتحملون الخسارة وحدهم دون أن يشاركهم في ذلك غيرهم من الشركاء^(١) . ولكن الرأي الذي تغلب في الفقه والقضاء في فرنسا هو أن جميع الشركاء يساهمون في الربح وفي الخسارة ، حتى لا يثرى أحد من الشركاء دون حق على حساب الآخرين . والقاضي يوزع بينهم الربح والخسارة بحسب ما يراه عادلاً ، فقد يكون التوزيع بنسبة حصص كل منهم في رأس المال ، وقد يكون بالنسبة المتفق عليها في عقد تأسيس الشركة الباطلة وعند ذلك لا يكون القاضي قد طبق هذه النسبة باعتبارها من اتفاق الشركاء بل باعتبار أن هذه النسبة هي التي يراها عادلة^(٢) . أما العقود التي أبرمتها الشركة الباطلة مع الغير ، إذا كانت

(١) ترويلنج فترة ١٠٥ - نقض فرنسي ٨ نوفمبر سنة ١٨٨٠ دالوز ١٨٨١ - ١ -

(٢) بودري وقال فترة ٢٣ ٩٢ وما بعدها - بلانويول وديوير وليبارنيه ١١ فترة ١٠٠٦ - ميار فترة ٦٩ وما بعدها - اسكارا في القانون التجاري فترة ٥٧٥ - فورنيه في الشركات المدنية فترة ٣٤ - وتميل محكمة النقض الفرنسية إلى توزيع الربح والخسارة بين الشركاء بالنسبة المتفق عليها في عقد تأسيس الشركة (نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٨٦٢ دالوز -

صحيحة ، فإنها تلزم جميع الشركاء ، ولكن لا يتقدم الدائون في هذه العقود على الدائنين الشخصيين للشركاء^(١) .

وقد كان القضاء في مصر في عهد التقنين المدني السابق يسير على الرأي الغالب في الفقه والقضاء في فرنسا^(٢) . وفي عهد التقنين المدني الجديد يمكن القول بأن هذا الرأي قد ازداد قوة ، فإن هذا التقنين ، في المادة ٢/٥٠٧ كما رأينا ، نص صراحة فيها إذا كان البطلان راجعاً إلى الإخلال بالشكل على ما يأتي : « غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يجتج به الشركاء قبل الفير ، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان » . وإذا كان البطلان للشكل لا يقاس عليه البطلان لعدم المشروعية لأن القانون هو الذي فرض الشكل وعين الجزاء على الإخلال به ، إلا أنه يصح القول بأن نظرية الشركة الواقعية (société de fait) هي الأساس في كل شركة باطلة ، سواء كان البطلان راجعاً لخلل في الشكل أو خلل في الموضوع^(٣) . ففي جميع الأحوال تنقلب الشركة الباطلة إلى شركة واقعية ، يستلهم القاضى في تصنيفها الشروط

١٨٧٦ - ١ - ٢٢ - ٢٣٨ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٩ سيرة ٧٠ - ١ - ٥٥ - ١٥ - نوفمبر سنة ١٨٧٦
حالوز ٧٧ - ١ - ٧٠) .

(١) فرنسيه في الشركات المدنية فقرة ٣٤ - ويشترط أن يكون التعامل مع الشركة الباطلة يتخذ وقت تملكه معها أنها شركة صحيحة ، أما إذا كان يعلم أو ينبغي أن يعلم بعدم مشروعيتها فإنه لا يرجع إلا على الشريك الذي تعامل معه فقط (هوبان دي بوسفييه) (Houbin de Bosvieux) فقرة ٦٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤١٠) .

(٢) استئناف غلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٣٠ (العقود التي كانت في دور التنفيذ وقت إبطال الشركة تبقى محترمة بالنسبة إلى الغير) - ١٧ يولييه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٢ (تصفية العلاقات المتولدة بسبب وجود شركة مدنية تقرر بطلانها والالتزامات الناشئة عن هذه العلاقات تبقى عاضدة لشروط الشركة) .

(٣) ولو كان الخلل في الموضوع يرجع لا إلى بطلان الشركة ، بل إلى قابليتها للإبطال إذا كانت قد أبطلت فعلاً .

المبنية في عقد تأسيس الشركة ، لا على أنها اتفاق بين الشركاء ، بل على أنها تملى حلولاً عادلة لتصفية الشركة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(١) .
ونقتصر الآن بعد ما قدمناه على الكلام ، في مناسبة محل الشركة ، في الحصص التي يتقدم بها الشركاء لتكوين رأس مال الشركة ، وكيف يتعين نصيب كل شريك في الربح أو في الخسارة .

المبحث الأول

حصة الشريك في رأس مال الشركة

١٨١ - **موت مختلف حصص الشركاء في طبيعتها وقانونها في قبيلتها** - نص قانوني : قلنا أن كل شريك يجب أن يساهم بحصة في رأس مال الشركة^(٢) ، وأن هذه الحصة قد تكون نقوداً أو أوراقاً مالية أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو ديناً في ذمة الغير أو اسماً تجارياً أو شهادة اختراع أو عملاً أو غير ذلك مما يصلح أن يكون عملاً للالتزام^(٣) .
وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة ، وقد كان التفتيش المدني السابق ينص عليه صراحة في المادة ٤٢٠ / ١٢٠ فيقول : « يجوز أن تكون الحصة في رأس المال نقوداً أو أوراقاً ذات قيمة أو منقولات أو عقارات

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧٧ .

(٢) ومجموع هذه الحصص هو رأس مال الشركة (le capital social) . ويجب تمييز رأس المال هذا عن مال الشركة أو موجوداتها (Patrimoine social) ، فبعد تأسيس الشركة يكون مالها مساوياً لرأس مالها ، وبعد مدة تمثل فيها الشركة قد يزيد المال على رأس المال أو ينقص بحسب نجاح الشركة في أعمالها (بلانويل وريبير وبولاتجيه ٢ فقرة ٣٠٧٢) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٥٨ - ومن ثم يصح أن تكون حصة كل شريك عملاً ، وهذه هي الشركة المعروفة في الفقه الإسلامي بشركة تقبيل الأعمال (قارن أنسيكلوبيدي دالوز ٥ : ٦٨ société civile فقرة ٦٨) .

لوحق الانتفاع بشيء مما ذكر ، ويجوز أن تكون عبارة عن عمل لواحد من الشركاء أو أكثر .

وليس من الضروري أن تكون حصص الشركاء متجانسة في طبيعتها أو متساوية في قيمتها ، بل يصح أن يقدم أحد الشركاء مبلغاً من النقود ويقدم الآخر أوراًفاً مالية ويقدم الثالث عقاراً ويقدم الرابع عملاً وهكذا ، وتكون قيمة كل حصة لا تعادل قيم الحصص الأخرى .

وتقدر حصة كل شريك بما تساويه قيمتها . وتعين قيمة حصة كل شريك أمر هام في عقد الشركة ، إذ كثيراً ما يتوقف على هذه القيمة معرفة نصيب الشريك في الربح وفي الخسارة ، ثم معرفة ما يصيب الشريك من رأس مال الشركة عند تصفيتها . ومن ثم وضع المشرع قرينة قانونية في حالة ما إذا لم ينص عقد الشركة على تقدير حصص الشركاء ولا على طبيعة الحصة ، فافترض أن الحصص جميعاً متساوية القيمة وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به . فنصت المادة ٥٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي : « تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة ، وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » (١) . ونقتصر هنا على إيراد ما جاء بالمذكورة الإيضاحية

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٦٩٢ من المشروع النهائي على الوجه الآتي : « يجوز أن تكون الحصص التي يقدمها الشركاء متفاوتة القيمة أو مختلفة في طبيعتها ، كما يجوز أن تكون الحصة ملكية مال أو مجرد الانتفاع بهذا المال . وتعتبر الحصص عند الشك متساوية القيمة ، وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به » . وفي لجنة المراجعة حذف الشق الأول من النص لأنه مستفاد من تعريف الشركة والتواحد العامة ، وجعل باقي النص مادة مستقلة تجرى على الوجه الآتي : « تعتبر حصص الشركاء عند الشك متساوية القيمة وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به » ، وأصبح رقمها ٥٢٦ في المشروع النهائي . وفي اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل النص فأصبح مطابقاً لما انتظر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٨ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢١٣ وص ٢١٤ - ص ٣١٥) .

المشروع التمهيدى فى مسدد هذا النص ، فهو « يفرد حكيم :
(أ) افراض المساواة فى قيمة الحصص ، لأن توزيع الأرباح والخسائر
يكون ، كما سئى ، بنسبة الحصص ، وذلك يتطلب معرفة قيمتها .
ولا يقوم أى إشكال إذا كانت الحصص عبارة عن مبالغ أو أموال يسهل
تقدير قيمتها . لكن يصعب الأمر إذا كانت الحصص عبارة عن عمل أو كانت
مالاً لا يمكن تقدير قيمته إلا بعد مضي مدة ما . وما دام العقد لم يذكر
شيئاً ، وما دام هناك شك ، فيجب أن نفترض تساوى الحصص فى
القيمة^(١) . على أن هذه القرينة تقبل الإثبات العكسى طبقاً لقواعد العامة .
(ب) افراض أن الحصص واردة على المال لا على مجرد الانتفاع به : إذا

= ويقابل النص فى التفتين المدف السابق م ٢٢١/٥١٤ وكانت تجرى على الوجه الآتى : وتعتبر
حصص الشركاء فى رأس المال منسأً للشركة لا مجرد الانتفاع بها ، ما لم يوجد نص صريح
فى العقد فى شأن ذلك .

ويقابل النص فى التفتينات المدنية العربية الأخرى : فى التفتين المدف السورى م ٤٧٦
(مطابق) - فى التفتين المدف الليبى م ٤٩٩ (مطابق) - وفى التفتين المدف العراقى م ٦٢٩ :
١ - يجوز أن تكون الحصص التى يقدمها الشركاء متساوية القيمة أو مخططة فى طبيعتها ، وأن تكون
ملكية أموال أو مجرد انتفاع بهذه الأموال . ٢ - وتعتبر الحصص عند الشك متساوية فى القيمة
وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به . (وأحكام التفتين العراقى تنفق مع
أحكام التفتين المصرى : انظر الأستاذ حسن القنون فقرة ٩٦ وما بعدها) - وفى تفتين المروجبات
والعقود البنائى م ٨٤٩ : يجوز أن يكون حصص الشركاء فى رأس المال فقوداً أو أموالاً منقولة
أو ثابتة أو حقراً مبنوية ، كما يجوز أن تكون صناعة أحد الشركاء أوصانعتهم جميعاً - م ٨٥١ :
يجوز أن تختلف الإشهاد التى يقدمها الشركاء قيمة وفوعاً . وإذا وقع الشك حسبوا متساويين
فيما قدموه - م ٨٥٦ : كل شريك مديون لساير الشركاء بجميع ما وعد بتقديمه للشركة .
وعند قيام الشك يمد الشركاء ملزمين بتقديم حصص متساوية . (وأحكام التفتين البنائى
تنفق مع أحكام التفتين المصرى) ، فيما عدا أن التفتين البنائى يجعل الشريك مديناً بحصصه
لساير الشركاء ، لا مديناً للشركة ، إذ يبدو أنه لا يجعل للشركة شخصية مبنوية) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان لا يوجد بين الشريكين اتفاق على حصة
كل منهما فى الشركة ، فإن كلا منهما يكون بحق النصف فيها (فقض مدف ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤
بجسوة عمر ٤ رقم ١٢٥ ص ٢٢٨) .

لم يذكر في عقد الشركة أن الحصة واردة على ملكية المال أو أنها واردة على مجرد الانتفاع به ، ولم يمكن تبين ذلك من أى ظرف آخر ، فيجب ما دام هناك شك أن نفترض أن الحصة واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به . ولكن هذه القرينة أيضاً يجوز إثبات عكسها . والتفتين الحالى (السابق) يأخذ بهذا الحكم في المادة ٤٢١ / ٥١٣ ، (١) .

إذا ذكر في عقد تأسيس الشركة بيان عن حصة كل شريك وعن قيمة هذه الحصة ، وجب الأخذ بذلك . وقد قلنا أنه يجوز أن تختلف طبيعة كل حصة عن طبيعة الحصص الأخرى . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يجوز أن تكون الحصة عملاً يقوم به الشريك أو مالا يقدمه . والمقصود بالعمل هو المجهود الشخصى للشريك تنفع به الشركة . أما المال فهو بمعناه القانونى كل عنصر فى الذمة يقطعته الشريك من ماله الخاص ويدخل فى رأس المال المشترك للملك للشركة . فهو يشمل إذن الأموال المادية ، متقولة أو عقارية ، ثم الأموال المعنوية كالحقوق الشخصية وعمل التجارة والملكية الأدبية وحقوق المؤلفين وشهادات الاختراع . كذلك يجوز أن تكون الحصة ملكية مال أو مجرد الانتفاع به » (٢) .

فيمكن إذن أن تكون حصة الشريك مبلغاً من النقود ، وهذا هو الغالب . كذلك يجوز أن تكون حصة الشريك عيناً معينة بالذات أو حقاً عينياً على هذه العين ، كما يجوز أن تكون حقاً شخصياً فى ذمة الغير ، أو حقاً من حقوق الملكية المعنوية كلكية فنية أو صناعية أو تجارية أو أدبية ، أو التزاماً بعمل . ونستعرض كلا من هذه الأنواع الخمسة .

١٨٢ - الحصة مبلغ من النقود - نص قانونى : تنص المادة ٥١٠

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٢ - ٣١٣ .

من التفتين المدنى على ما يأتى : « إذا تمهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الانقضاء » (١) .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كانت حصة الشريك مبلغاً من النقود ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٩٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « إذا كانت الحصة التى تمهد بتقديدها أحد الشركاء مبلغاً من النقود ، ولم يقدم هذا الشريك هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه بحكم القانون ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميل عند الانقضاء » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بما جعله مطابقاً لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد ليزيد الحكم دقة وإيضاحاً ، وأصبح رقم النص ٥٢٨ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٧ - ص ٢١٩) .

ويقابل هذا النص فى التفتين المدنى السابق المادة ٤٢٦/٥١٨ - ٥١٩ وكانت تجرى على الوجه الآتى : « للشريك المتأخر عن أداء حصته فى رأس المال ملزم بالتعويضات بمجرد مطالبه بالتأدية مطالبة رسمية . وإذا نشأ من هذا التأخير ضرر للشركة وجب عليه تعويضه بنسب مفاضة بالأرباح التى استجلبها للشركة » . والأحكام متفقة مع أحكام التفتين الجديد فيما عدا : (١) تسرى الفوائد فى التفتين السابق من يوم الإعذار ، وفى التفتين الجديد من وقت استحقاق الحصة دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار . (٢) فى التفتين السابق لا مفاضة بين التعويض التكميلى الواجب على الشريك وأرباح الشركة التى تسبب فيها الشريك . ولا يوجد فى هذه المسألة حكم مقابل فى التفتين الجديد ، فتسرى القواعد العامة ، وهذه تقضى باستبعاد المفاضة القانونية لأن التعويض التكميلى خير خال من النزاع (قارن الأستاذ محمد كامل مرسى فى المقود المسألة ٢ ص ٥١٨) وتسرى أحكام التفتين السابق على الشركات المدنية التى أسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص فى التفتينات المدنية البرية الأخرى : فى التفتين المدنى السوري م ٤٧٨ (مطابق) - وفى التفتين المدنى الليبي م ٥٠١ (مطابق) - وفى التفتين المدنى العراقي م ٦٣٠ (موافق) - وفى تفتين الموجبات والمقود اللبناني م ٨٥٧ : على كل شريك أن يعلم ما يجب عليه تقديمه فى الموعد المضروب . وإذا لم يكن تمة موعد معين فعل أكثر لإبرام التمة . وترضى فى ذلك للمهل الذى تستلزمها ماعية الشيء أو المسألة . وإذا كان أحد الشركاء متأخراً عن تقديم حصته فى رأس المال ، كان لساير الشركاء أن يطلبوا إخراجه من الشركة أو إجباره على القيام بما لزمه ، مع الاحتفاظ بما تم من حق المطالبة ببدل السطى والتسرى فى الحالاتين . (ولم ينص التفتين اللبناني على سريان الفوائد من وقت استحقاق الحصة إذا كانت مبلغاً من النقود) .

فإن الشريك بمجرد تمام عقد الشركة يصبح ملزماً نحوها - وسنرى أن الشركة شخص معنوي - بمقدار هذا المبلغ^(١) . وتسرى القواعد العامة في شأن هذا الالتزام من حيث وجوب الوفاء به ، وكيفية الوفاء ، والزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء . فإذا لم يحدد في عقد الشركة أو في اتفاق آخر ميعاد الوفاء بالالتزام ، وجب على الشريك الوفاء به للشركة فوراً بمجرد تمام العقد ، وإذا تحدد ميعاد للوفاء وجب الوفاء في هذا الميعاد . فإذا لم يوف الشريك بالتزامه في ميعاده ، ولم يقدم المبلغ من النقود الذي التزم بتقديمه حصّة له في رأس المال ، أجبر على الوفاء به وفقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن ، ويكون ذلك بطريق الحجز على ماله وبيعه لتقتضي الشركة منه المبلغ المستحق لها . ويكون الشريك فوق ذلك ملزماً بدفع فوائد تأخير عن هذا المبلغ بالسعر المتفق عليه ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على السعر وجبت الفوائد بالسعر القانوني وهو في الشركة المدنية ٤ ٪ . وقد قررت المادة ٥١٠ مدني السالفة الذكر في صدد فوائد التأخير هذه استثناءين من القواعد العامة :

أولاً - تسرى فوائد التأخير من اليوم الذي كان يجب فيه على الشريك الوفاء بالمبلغ المستحق في ذمته ، دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وقد كانت القواعد العامة تقضي بأن تسرى الفوائد من وقت مطالبة الشركة للشريك بحصته وبفوائدها مطالبة قضائية^(٢) .

(١) ولا يوجد ما يمنع من أن تكون حصّة الشريك ليست هي ملكية المبلغ من النقود . بل حق الانتفاع بهذا المبلغ . فإذا خسرت الشركة سامم الشريك في خسائرها في حدود حق الانتفاع بالمبلغ ، ولكنه يسترد المبلغ كاملاً لأن ملكيته لم تنتقل إلى الشركة ، بل يبقى الشريك دائئاً به للشركة (يوردى وقال ٢٢ ققرة ٢٧٩ ص ١٧٦ - ص ١٧٧ - بلانويول ورييم ولبارنيور ١١ ققرة ١٠٠٨ ص ٢٨٠ وققرة ١٠٤٦ ص ٣٢٣ - بيدان ١٢ ققرة ٤٢ ص ٤٦٦ حاشي رقم ٢ - فوريني في الشركات المدنية ققرة ٤٣) .

(٢) وقد قلنا أن التفتين المدني السابق (٥١٨/٤٢٦ م) كان يقضي بأن تسرى الفوائد .

ثانياً - يجوز للشركة ، فوق مطالبة الشريك بفوائد التأخير على النحو المضمّن الذكر ، أن تطالبه أيضاً بتعويض تكميلي إذا أثبتت أن ضرراً لحقها بسبب تأخر الشريك عن الوفاء بالتزامه وأن هذا الضرر يزيد في قيمته على فوائد التأخير . وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن الشريك لا يلتزم بدفع تعويض تكميلي إلا إذا ثبت أنه سبى النية في تأخره عن الوفاء (م ٢٣١ مدني) . وهذا الحكم الخاص بالشركة يبرره - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - « أن مجرد الإهمال من جانب الشريك قد يضر بمحسن سير الشركة التي يجب أن تتوافر لها من وقت قيامها كل الأموال اللازمة » (١) .

١٨٣ - المصحة هي معينة بالآثار - نص قانونى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٥١١ من التقنين المدنى على ما يأتى : « إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هى التى تسرى في ضمان الحصة إذا هلك أو استحققت أو ظهر فيها عيب أو نقص » (٢) .

= من وقت إصدار الشركة للشريك ، وأن حكمه هنا يسرى على الشركات المدنية التى تأسست قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٨ .

هذا وقد تكون حصة الشريك أشياء مملوكة لا نفوقاً ، كالثقة أو دين أو حصة في شركة أخرى ، فيصح للشريك ملتزماً نحو الشركة بهذا المقدار . وتسرى في شأن هذا الالتزام القواعد العامة من ناحية وجوب تعيين الشيء بنوعه ومقداره وجودته ، ومن ناحية انتقال الملكية إلى الشركة بالإقرار الذى يقع عادة عند التسليم ، وبوجه عام تسرى المادة ٢٠٥ مدني وهي تنص الجوهري في هذا الصدد (يودى وقال ٢٣ فقرة ١٦٥ - بلافيل وديور ولبانفيلد ١١ فقرة ١٠١٠ ص ٢٨١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٦٩٤ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١/٥٣٩ =

ويبين من هذا النص أن حصة الشريك قد تكون عبئاً معينة بالذات ، عقاراً أو متقولاً ، وفي الفرضين قد تكون الحصة هي حق الملكية على هذه العين ، أو أى حق عيني آخر غير الملكية كحق الانتفاع أو حق الرقبة أو حق المحرر . فيكون الشريك في جميع هذه الأحوال ملزماً بمجرد عقد الشركة بنقل الملكية أو الحق العيني إلى الشركة^(١) كما يلزم البائع بنقل الحق المبيع إلى المشتري .

= في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٥١١ (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٣١٩ - ص ٣٢١) .

ويقابل النص في التفتين المدف السابق ما يأتي : م ٥١٦/٤٢٤ : إذا كانت حصة الشريك في رأس المال حق ملكية في عين معينة أو حق انتفاع فيها ، انتقل الحق في ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء وكان عليهم ثلثه . م ٥١٧/٤٢٥ : الشريك ضامن لحصة في رأس المال كضمان البائع للمبيع . (وأحكام التفتين المدف السابق تتفق مع أحكام التفتين المدف الجديد ، فيما عدا أن تبعة هلاك الحصة قبل التسليم كانت على الشركة في التفتين المدف السابق ، وهي في التفتين المدف الجديد على الشريك وفقاً لقواعد العامة . وتدرى أحكام التفتين المدف السابق على الشركات المدنية التي أيسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدف السوري م ١/٤٧٩ (مطابق) - وفي التفتين المدف الليبي م ١/٥٠٢ (مطابق) - وفي التفتين المدف العراقي م ١/٦٣١ (موافق) - وفي تفتين الموجبات والنفود البناني ما يأتي : م ٨٥٩ ، إذا كانت الحصة المقفعة عيناً معينة ، كان الشريك الذي قدمها ملزماً بالضمان المترتب على البائع فيما يخص بالعيوب الخفية والتزاع الملكية بالاستحقاق .. (وهذا النص موافق حكمه لحكم التفتين المصري) ، م ٨٦١ : إذا طُفكت حصة شريك أو تميمت بسبب قوة قاهرة بعد التقيد وقبل إجراء التسليم فلا أو حكا ، تطبق القواعد الآتية : أولاً - إذا كان ما يقدمه الشريك تقوفاً أو غيرها من المطلبات لو كان حق الانتفاع بشئ معين ، فإن خطر الهلاك أو التيهب يتحمله الشريك المالك . ثانياً - أما إذا كان شيئاً معيناً أدخلت ملكه في الشركة ، فجميع الشركاء يحصلون الخطر (وتبعية الهلاك في الشيء المعين بالذات قبل التسليم على الشريك في التفتين المصري) . م ٨٦٢ : لا يلزم أحد الشركاء بصحبه حصة في رأس المال إذا طُفكت ، فيما عدا الحالة المذكورة في المادة ٩١١ (الحصة حق انتفاع أو عمل) . كما أنه لا يلزم بأن يزيدها أكثر مما حدد في العقد (لا مقابل هذا النص في التفتين المصري ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

(١) وإذا كانت حصة الشريك حق انتفعة في أئله عطية ، فإن ملكية الأئله المطلية ..

فإذا كانت الحصة عقاراً ، ملكية أو أى حق عيني آخر على العقار ، لا يفضل الحق إلى الشركة إلا بالتسجيل ، سواء كان ذلك فيما بين الشريك والشركة أو بالنسبة إلى الغير . وتسرى قواعد التسجيل التى فصلناها عند الكلام فى نقل ملكية العقار المبيع ، إذ الشركة تعتبر فى هذه الحالة عقداً ناقلاً للملكية ، فتدخل ضمن العقود التى يجب تسجيلها .

وإذا كانت الحصة منقولاً معيناً بالذات^(١) ، ملكية أو أى حق عيني آخر على المنقول ، فإن الشريك يصبح بمجرد عقد الشركة هنا أيضاً ملتزماً بنقل هذا الحق إلى الشركة ، وينفذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون ، فيصبح الحق مملوكاً للشركة بمجرد عقد تأسيسها ، وذلك قبل التسليم . وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة (م ٢٠٤ مدنى) .

وسواء كانت الحصة عقاراً أو منقولاً ، ملكية أو أى حق عيني آخر ، فإن الشريك يلتزم بتسليمها إلى الشركة^(٢) ، وتسرى فى التسليم القواعد المقررة فى تسليم المبيع ، من حيث الحالة التى يكون عليها الحق وقت التسليم وطرق التسليم والعجز فى المقدار^(٣) والزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم وغير ذلك من القواعد التى سبق ذكرها عند الكلام فى البيع . كذلك تكون

= تقتل إلى الشركة ، ولا يكون للشريك إلا الحق الشخصى فى استرداد مثل هذه الأشياء عند الصفقة (استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٣) .

(١) ويدخل فى المنقول المعين بالذات المتجر .

(٢) وتكون ثمار الحصة ملكاً لشركة من وقت تمام عقد الشركة أو من الوقت المتفق عليه ،

فإن الشركة فى ذلك شأن البيع (جوار ٦ فقرة ١٨٣ - بون Pont فقرة ٢٦٣ - أوبرى دور وإسبان ٦ فقرة ٣٨٠ ص ٣٩ - هويان وبوشيه ١ فقرة ٩٣ - قارن لوران ٢٦ فقرة ٢٥٠ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٧٧ - بلاثيول وديير وليانوفير ١١ فقرة ١٠١٠ ص ٢٨٢) .

(٣) انظر فى العجز فى المقدار فى القانون الفرنسى بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٨٦ -

أوبرى دور وإسبان ٦ فقرة ٣٨٠ ص ٤٠ - بلاثيول وديير وليانوفير ١١ فقرة ١٠١٢ .

تبعة هلاك الحصة قبل التسليم على الشريك كما في البيع ، فإذا هلكت الحصة قبل تسليمها للشركة تحمل الشريك تبعة الهلاك ، وله بالاتفاق مع سائر الشركاء أن يقدم حصة أخرى في رأس المال فيبقى في الشركة . وإذا لم يتم الاتفاق بين الشركاء على تقديم الشريك حصة أخرى ، أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٢٧٧ مدني في هذا الصدد : « وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئاً معيناً بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه ، أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء » وسنعود إلى ذلك فيما يلي (١) .

وكما يلتزم الشريك بتسليم حصته إلى الشركة وبتحمل تبعة الهلاك ، كذلك يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ، على النحو الذي يلتزم به البائع بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية في الشيء المباع (٢) ، وقد تقدم ذكر ذلك تفصيلاً في البيع (٣) .

(١) انظر فقرة ٢٢٩ .

(٢) وإذا استحدثت حصة أحد الشركاء أو ظهر فيها عيب مخفي ، فليس لسائر الشركاء فسخ الشركة إلا إذا تبين أنهم ما كانوا ليبرموا عقد الشركة بتغير هذه الحصة (جيوار ٦ فقرة ١٨٠ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠١٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤٤٥) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تنظم هذه المادة كيفية دخول الحصة المبنية في رأس مال الشركة ، فإذا كانت الحصة ملكية مال أو حق عين آخر عليه ، فإن الشريك يتحمل نهائياً عن حقوقه على الشيء الذي يصبح ملكاً لشركة ، كما لو كان الأمر يتعلق ببيع من الشريك إلى الشركة . على أن تنازل الشريك في هذه الحالة ليس بمثابة بيع تماماً ، وإنما هو يشبه البيع من حيث كيفية انتقال الملكية ، ووسائل العلانية ، فطبق أحكام انتقال الملكية في البيع منقولاً أو عقاراً ، ويلزم استيفاء إجراءات للتبرر المقررة للحقوق المبنية العقارية ، وبمسح الحقوق المنقولة كإعلان المدين الحال في حوالة الحقوق الشخصية ، وككتابة اتباع الإجراءات المقررة في التنازل عن شهادة الاختراع والمحل التجاري ، كما تطبق أيضاً فيما يتعلق بتبعة الهلاك الأحكام التي ذكرناها في البيع . وأخيراً يضمن للشريك حصته في رأس المال كضمان البائع للبيع ، فطبق أحكام ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية والمميز في المقطوعه مجموعة الأعمال التجارية ٤ ص ٢٢٠) .

١٨٤ - الحصة من شفعى في ذمة الغير - نص قانونى : تنص

المادة ٥١٣ من التقنين الملقى على ما يأتى : « إذا كانت الحصة التى قلمها الشريك هى ديون فى ذمة الغير ، فلا ينقضى التزامه للشركة إلا إذا استوفيت هذه الديون ، ويكون الشريك فوق ذلك مسئولاً عن تعويض الغير إذا لم توف الديون عند حلول أجلها » (١) .

ويتبين من هذا النص أن حصة الشريك قد تكون حقاً شخصياً له فى ذمة الغير . ولما كان الشريك فى هذه الحالة ينقل الحق الذى له إلى الشركة عن طريق حوالة الحق ، فإن القواعد والإجراءات المقررة فى حوالة الحق تسرى هنا (٢) . ويسرى بوجه خاص وجوب الحصول على

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٩٦ من المشروع التمهيدى مل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الملقى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤١ فى المشروع الثانى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٣ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٣٢٥ - ص ٣٢٦) .

ولا مقابل النص فى التقنين الملقى السابق ، ومن ثم كانت القواعد العامة هى التى تطبق ، فلا يضمن الشريك يسار المال عليه إلا بشرط خاص . وتسمى أحكام التقنين السابق مل الشركات المملوكة لى أسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص فى التقنينات المملوكة العربية الأخرى : فى التقنين الملقى السورى م ٤٨١ (مطابق) - وفى التقنين الملقى الليبى م ٥٠٤ (مطابق) - وفى التقنين الملقى العراقى م ٦٣٣ (موافق) - وفى تقنين الموجبات والبقود الليبى م ٨٥٨ : إذا كانت حصة أحد الشركاء فى رأس المال ديناً فى ذمة شخص آخر ، فلا تبرأ ذمة هذا الشريك إلا فى اليوم الذى تقضى فيه للشركة المبلغ الذى قدم فى ذلك الدين بدلا منه ، ويكون الشريك ضامناً للطل والضرر إذا لم يبلغ المبلغ فى موعد الاستحقاق (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

(٢) وقد يكون الحق للشخص متداً اسبياً أو متداً تحت الإذن أو متداً لحاله ، ففتح الإجراءات المقررة فى هذا الصدد فى نقل المتدا إلى الشركة . كذلك قد يكون الحق للشخص حق لإيجار ، فيتنازل الشريك للشركة عن هذا الحق وفقاً للقواعد المقررة فى تنازل المستأجر عن حقه فى الإيجار . وقد يكون الحق للشخص وعداً بالبيع أو وعداً بفتح أعماله فى أحد المصارف ، =

وضاء مدين الشريك بالحوالة أو إعلانه بها حتى تكون الحوالة نافذة في حق هذا المدين ، كما يجب أن يكون قبول المدين بالحوالة ثابت التاريخ لنفاذ الحوالة في حق الغير (م ٣٠٥ مدين) . وللشركة قبل إعلان الحوالة للمدين أو قبولها منه أن تتخذ من الإجراءات ما تحافظ به على الحق الذي انتقل إليها (م ٣٠٦ مدين) ، وتشمل حوالة حق الشريك ضمانات هذا الحق كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط (م ٣٠٧ مدين) . ويكون الشريك مسئولاً عن أفعاله الشخصية ولو اشترط عدم الضمان (م ٣١١ مدين) .

غير أن نص المادة ٥١٣ مدين السالف الذكر يورد استثناء من القواعد العامة المقررة في حوالة الحق ، في صدد ضمان الشريك للحق الذي قدمه حصة في رأس المال . ذلك أنه طبقاً لهذه القواعد العامة ، إذا كانت الحوالة بعوض لم يضمن المدين إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، فلا يضمن يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان . وإذا ضمن يسار المدين لم ينصرف هذا الضمان إلا إلى يسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك . وإذا رجع المحال له بالضمان على المدين ، لم يلزم المدين إلا برد ما استولى عليه مع القوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك^(١) . أما في حالة ضمان الشريك للحق الذي قدمه حصة في رأس مال الشركة ، فإن الضمان أشد بكثير من الضمان المتقدم الذكر . إذ الشريك يعتبر ، دون اتفاق ، ضامناً ليسار المدين في الحال والاستقبال ، فإذا لم تستوف الشركة الحق الذي للشريك في ذمة الغير في ميعاد استحقاقه ، رجعت على هذا الشريك بكل قيمة هذا الحق ،

= نفع القواعد الخاصة بذلك (بومدي وقال ٢٢ ققرة ٢٢ ققرة ١٦٠ - بلانيول وريجر

وليانويو ١١ ققرة ١٠٠٨ - غورنييه في الشركات المغنية ققرة ٤٠) .

(١) انظر في كل ما تقدم للواد ١/٢٠٨ و ٣٠٩ و ٣١٠ مدين .

بل وترجع عليه أيضاً بتعويض تكميلي إذا أثبتت أنها قد أصابها ضرر بسبب التأخر في استيفاء الحق . ويبرر هذا الحكم أن الشركة تكون قد اعتمدت على تكوين رأس مالها بمجرد تمام عقد تأسيسها ، فإذا وقع تأخر في استيفاء الحق الذي للشريك نقص رأس المال بمقدار هذا الحق ، وقد يكون ذلك سبباً في تعطيل أعمال الشركة وتكبدتها خسائر من جراء ذلك . وغنى عن البيان أن هذا الحكم ليس من النظام العام ، فيجوز اتفاق الشريك مع سائر الشركاء على ألا يضمن إلا وجود الحق المحال به أو ألا يضمن إلا يسار المدين في الحال دون الاستقبال^(١) .

١٨٥ - الحصة ملكية فنية أو صناعية أو أدبية - نص قانوني :

وقد تكون حصة الشريك ملكية فنية أو صناعية أو أدبية^(٢) . فيقدم الشريك مثلاً براءة اختراع ، أو اسماً تجارياً ، أو علامة تجارية ، أو حقاً من حقوق المؤلف المختلفة كحق في كتاب أو في قطعة موسيقية أو في عمل من الأعمال الفنية . ففي هذه الحالة تسرى القواعد المقررة في شأن هذه الحقوق المعنوية ، وهي قواعد صلت بها قوانين خاصة . فتنتقل ملكية

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في صدر المادة ٥١٢ منقلاً ما يأتي : « هذه المادة مقتبسة من المادتين ٩٩٧ من التفتين المراكشي و ٨٥٨ من التفتين اللبناني . وهي تقر حكماً مخالفاً لأحكام القضاء في حوالة الحقوق العادية ، إذ المبدأ العام هو أن المحيل لا يسأل إلا عن وجود الحق المحال ، ولا يضمن يسار المحال عليه في الحال أو في الاستقبال إلا إذا اشترط ذلك صراحة . لكننا نستحسن الخروج على هذا المبدأ في حالة الشريك لأنه ، وقد تعهد بتقديم حصته ديوناً له في ذمة الغير ، يعتبر ضامناً ليسار المدين في الحال بل وفي الاستقبال ، وتضاضل بذلك ما قد يقع عملاً من غش إذا وفي الشريك حصته النقدية عن طريق ديون له قبل الغير يستحيل استيفائها . كما أن هذا النص يقتضي على النزاع القائم في الفقه بصدد هذا الموضوع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٥) .

(٢) استئناف مخطط أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٤ .

الحق المعنوي إلى الشركة ، ويتحدد مدى هذا الحق ، طبقاً للإجراءات والقواعد المقررة في هذه القوانين .

على أنه يجب أن تكون الحصة في هذه الحالة حقاً معنوياً تحدد مداها طبقاً للقانون . أما مجرد ما يكون للشريك من نفوذ أو يتمتع به من ثقة مالية ، فلا يصح أن يقدمه حصة في رأس المال . وقد اختلف الفقه في فرنسا في جواز ذلك^(١) ، فذهب بعض الفقهاء إلى الجواز لأن النفوذ أو الثقة المالية ييسر للشركة وسائل الائتمان فتستطيع الحصول على قروض ، وللملك قيمة مالية محسوسة^(٢) . وذهب بعض آخر إلى عدم جواز ذلك ، لأن النفوذ والثقة المالية ليس بمال فلا يصح أن يكون حصة في الشركة ، ولأنه قد يساء استعمال النفوذ أو الثقة المالية إلى حد الاستغلال^(٣) . وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف بنص صريح يقضي بعدم جواز تقديم الشريك ما يكون له من نفوذ أو ما يتمتع به من ثقة مالية حصة في رأس مال الشركة ، فقد نصت المادة ٥٠٩ من هذا التقنين على ما يأتي :

« لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ أو على ما يتمتع به من ثقة مالية »^(٤) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا

(١) ولكن هناك إجماع على أن النفوذ السياسى أو نفوذ الوظيفة العامة لا يجوز أن يكون حصة في رأس مال الشركة (جيوار ٦ فترة ٦٤ - فترة ٦٥ - لوران ٢٦ فترة ١٤٣ - بودرى وقال ٢٣ فترة ١٥٩ - هوبان وبوسيه ١ ص ١٢٤ - بلانيول وريير وليبارنيير ١١ ص ٢٨٠ هامش رقم ١) .

(٢) انظر في هذا المعنى بودرى وقال ٢٣ فترة ١٥٩ - بلانيول وريير وليبارنيير ١١ ص ٢٨٠ - تاليروبيك في القانون التجارى ١ فترة ٢١ .

(٣) انظر لوران ٢٦ فترة ١٤٣ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فترة ٣٧٧ ص ٥ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٦٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد - وفي لجنة المراجعة جبل مادة مستقلة تحت رقم ٥٢٧ في المشروع النهائى ، وأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . -

الصلد : « وقد قصد المشروع . . . أن يقطع برأى في خلاف قائم في الثقة والقضاء ، لأنه إذا كان من المجمع عليه أن التوفذ الذي يتمتع به رجل سياسى أو موظف عموى لا يعتبر حصّة ، إلا أن هناك من الفقهاء من يرى أن السمعة التجارية التي يتمتع بها شخص ما تعتبر حصّة ، ويموز قبولها منه كنصيب في رأس مال الشركة بغض النظر عن أية مساهمة عينية ، بل حتى إذا لم يتعهد هذا الشخص بأن يقدم عمله للشركة : نالبر وييك شرح القانون التجارى سنة ١٩٢٥ جزء أول رقم ٢١ - بلانيول وريبير جزء ٢ رقم ١٠٠٨ - انظر أيضاً تقنين طنجه م ٨٤١ والتقنين المراكشى م ٩٩٠ . حل أننا نرى أن الحصّة لا يمكن أن تكون إلا مالا أو عملا . وإذا كانت السمعة التجارية هي ثمرة العمل والزاهة ، فلنأها مع ذلك ليست بمال ، فهي لا يمكن تقديرها نقداً وليست قابلة للملك ، ولا تعتبر حصّة إلا إذا انضم إليها مجهود الشخص ونشاطه : أو برى ورو ٤ فقرة ٣٧٧ - لوران جزء ٢٦ رقم ١٤٥ (١) .

١٨٦ - الحصّة الزام بعمل - نصوصى قانونية : وقد تكون حصّة الشريك الزاماً بعمل ، وهذا الالتزام على نوعين ، فهو إما أن يكون

= ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٥ - ص ٣١٦) .

ولا مقابل لنص في التقنين المدف السابق ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة .
ومقابل النص في التقنينات المدنية الرمية الأخرى : في التقنين المدف السورى م ٤٧٧ (مطابق) - وفي التقنين المدف البلى م ٥٠٠ (مطابق) - وفي التقنين المدف العراق لا يوجد مقابل لنص ، ولكن يمكن الأخذ بحكمه لا تفاقه مع القواعد العامة . وفي تقنين الموجبات والعقود اللباني م ٨٥٠ : يجوز أيضاً أن يكون ما يقدمه أحد الشركاء الثقة التجارية التي يتمتع بها (وهذا الحكم يختلف عن حكم التقنين المصرى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٣ - ص ٣١٤ .

الزماً بتمكين الشركة من الانتفاع بعين معينة ، وإما أن يكون الزماً بالقيام بخدمة معينة تدخل ضمن أعمال الشركة .

ففي الالتزام بتمكين الشركة من الانتفاع بعين معينة تنص الفقرة الثانية من المادة ٥١١ من التفتين المدف على ما يأتي : و أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال ، فإن أحكام الإيجار هي التي تسرى في ذلك^(١) . ويتبين من هذا النص أن حصة الشريك قد تكون الزماً منه بتمكين الشركة من الانتفاع مثلاً بمكان يملكه الشريك وتجعله الشركة مقراً لأعمالها^(٢) . ففي هذه الحالة يبقى الشريك مالكا للمكان ، وتكون الشركة

(١) ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٦٩٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدف الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٥٢٩ من المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٥١١ مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٠ - ص ٣٢١) .

ولما مقابل لنص في التفتين المدف السابق ، ولكنه تطبيق لقواعد العامة .

ويقابل النص في التفتينات المالية العربية الأخرى : في التفتين المدف السوري م ٢/٤٧٩ (مطابق) - وفي التفتين المدف الليبي م ٢/٥٠٢ (مطابق) - وفي التفتين المدف العراقي م ٢/٦٣١ (مطابق) - وفي تفتين الموجبات والمقود البناني م ٨٥٩ : . . . وإذا كان ما قدمه مقصوداً على حق الانتفاع ، كان الشريك ملزماً بالضمان المترتب على المؤجر ، ولزمته أن يضمن أيضاً محتوى ذلك الشيء على الشروط نفسها (والحكم متفق مع حكم التفتين المصري) .

(٢) وقد تكون الحصة مجرد تمكين الشركة من استئجار مقرها ، وهذا الالتزام يسهل . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا التزم أحد الشركاء في شركة بالتدخل على قطعة أرض لإقامة مكان الشركة عليها ، وكانت تدخل ضمن مساحة كبيرة اعتاد استئجارها من مصلحة الألاك ، على أن يكون له ثلث الشركة ، كان لهذا التدخل من جانب من القيمة في نظر الشركاء ، سواء من جهة صلاحية القطعة لأغراض الشركة أو من جهة تمكين الشركاء من استئجارها منفصلة عن مجموع المساحة المؤجرة له ، ما يكفي لأن يجعل مساهمة هذا الشريك في الشركة مساهمة جيدة بالقيمة التي قررها لها الشركاء ، وهي ثلث الشركة . ولا عمل إذن لمراجعة الشركاء في تقديرهم والقول بأن تلك المساهمة من الصفقة بحيث لا تعتبر مشاركة في رأس مال الشركة وتكونها ، ومن ثم فساهمة الشريك في رأس مال الشركة على الوجه المذكور هي مساهمة كافية لانقاذ الشركة انتماداً صحيحاً (استئناف مصر ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٨٣) .

بمنزلة المستأجر لهذا المكان ، وتقوم العلاقة ما بين الشريك والشركة بالنسبة إلى المكان كما لو كان هناك عقد إيجار . فيلتزم الشريك بتسليم المكان إلى الشركة ، ويضمن لها التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ويتحمل تبعه الملاك . وليس على الشركة أن تدفع أجرة للمكان ، فإن انتفاعها به هو حصّة الشريك في الشركة وهي تلك الحصّة ، ولكن على الشركة أن ترد المكان إلى الشريك في نهاية المدة . ويلاحظ في القرار ، إذا كانت المدة تزيد على سبع سنوات ، أنه يجب التسجيل طبقاً للقواعد المقررة في عقد الإيجار^(١) .

وفي الالتزام بالقيام بخدمة معينة تدخل ضمن أعمال الشركة تنص المادة ٥١٢ من التقنين المدني على ما يأتي : « ١ - إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة عملاً ، وجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها ، وأن يقدم حساباً عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولة العمل الذي قلّمه حصته له . ٢ - على أنه لا يكون ملزماً بأن يقدم للشركة ما يكون قد حصل عليه من حق اختراع ، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك »^(٢) . ويتبين من هذا النص أن الشريك قد تكون حصته في

(١) ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع انتهى في هذا الصدد : « فلذا كانت الحصّة واردة على مجرد الانضمام بالمال ، فإن ملكيتها للشريك وتكون الشركة بمثابة مستأجرة لها ، وعليها التزام بردها في نهاية المدة . وتنازل الشريك عن الانضمام ، وإن كان لا يعتبر إيجاراً إلا أنه يشبه الإيجار من حيث إجراءات البلاية وأحكام الضمان وتبعه الملاك . وعلى ذلك إذا كان الانضمام وارداً على قرار ، وكانت مدته تزيد من الحد المقرر قانوناً ، يجب التسجيل طبقاً لقواعد المقررة في الإيجار . كذلك يتحمل الشريك تبعه الملاك لأنه مازال مالِكاً لخصّة ، ويلزم أيضاً بالضمان قبل الشركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٠ - ص ٢٢١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٩٥ من المشروع انتهى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٠ في المشروع النهائي .

رأس المال هي التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة ، وهذه الأعمال لما قيمة مادية فيصح أن تكون حصة في رأس المال . مثل ذلك أن تكون الشركة تستغل مصنعا ، ويكون أحد الشركاء مهتسا تدخل أعمال المصنع في اختصاصه التقني ، فيستقدم بمصله شريكا . ويصح أن يكون للشركة فرع في جهة غير مقرها الأصلي ، فيقوم الشريك بإدارة هذا الفرع ، أو يقوم بالأعمال الفنية لهذا الفرع ، ويكون عمله في الحالتين هو حصته في رأس المال . كما يجوز أن يكون مدير الشركة التقني شريكا ، وحصته في الشركة هي الإدارة الفنية التي يقوم بها^(١) . ويأتمم الشريك

« ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ قدم الاقتراح بجذف عبارة « وأن يقدم حسابا » عما يكون قد كسبه . . . » إلى آخر الفترة الأول من المادة ١٢٧ ، لأن فعل الشريك في هذه الحالة يكون مخالفا لالتزامه وجوباً لمصلته بالتفويض ، فلا يكون ثمة عمل لإيراد النص . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأنه متى عمل فهم غير صحيح للنص ، فالمقصود ليس بجالة الشريك الذي يقدم نصيبه علا ثم يعمل لحسابه لا لحساب الشركة ، بل المقصود حالة الشريك التقني يعمل لحساب الشركة فيقدم لما حساباً عن عمله . ووافقت اللجنة على النص دون تعديل ، ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤) . ويقابل النص في التقنين الملف السابق م ١٢٧/٤٢٠ : يجوز أن تكون الحصة في رأس المال... عبارة عن عمل لواحد من الشركاء أو أكثر (والحكم متفق مع حكم التقنين الملف الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات الملفية البرية الأخرى : في التقنين الملف السوري م ٤٨٠ (مطابق) - وفي التقنين الملف الليبي م ٥٠٣ (مطابق) - وفي التقنين الملف العراقي م ٦٣٢ ١ موافق : انظر الاستاذ حسن الفنون فقرة ١٠٢) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٦٠ : إن الشريك الذي التزم بتقديم صنته يلزمه أن يقوم بالأعمال التي وعد بها ، وأن يقدم حساباً عن جميع الأرباح التي جناها من تاريخ إبرام العقد بواسطة تلك الصنته التي هي موضوع الشركة . على أنه لا يلزم بأن يدخل في الشركة شهادات الاقتراح التي حصل عليها ، ما لم يكن ثمة اتفاق مخالف (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) وقد يكون العمل هو الحصول على ترخيص أو على تصاريح للاستيراد أو نحو ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين ما أورده الحكم من شرائط الاتفاقية المقررة أن المحكمة كيفت العقد التكليف القانوني الصحيح إذ اجتزته هذه شركة ، وتحدثت عما قللت به المليون عليها من جهة الحصول على تصاريح الاستيراد وأن هذا الجهد كان عمل تقديم النظام » -

في جميع هذه الأحوال بأن يقوم بالأعمال التي أخذها على نفسه في عقد تأسيس الشركة كحصته في رأس المال بالعناية المألوفة التي يبذلها الرجل العادى في مثل هذه الأعمال ، ويكون مسئولاً عن تقصيره وفقاً للقواعد العامة^(١) . وإذا كان مشروطاً عليه أن يتفرغ لهذه الأعمال ، لم يميز له أن يباشر عملاً آخر إلى جانبها . وإذا كان له أن يقوم بعمل آخر ، لم يميز أن يكون هذا العمل من شأنه أن ينافس الشركة بحيث يضر بها . وإذا قام بالأعمال التي تعهد بها وكسب أجراً عليها من الغير ، وجب عليه أن يقدم للشركة حساباً عن هذا الأجر فهو من حق الشركة . وقد حرص المشرع أن يبين أن الشريك إذا كان أثناء قيامه بأعمال فنية للشركة كحصته في رأس المال قد عثر على اختراع وكسب بذلك حق الاختراع ، فإن هذا الحق لا يدخل في الحصة ، بل يكون ملكاً خالصاً له ، وذلك ما لم تكن الشركة قد اشترطت عليه من قبل أن يدخل هذا الحق في حصته فتكسب الشركة بهذا الاتفاق حق الشريك في الاختراع^(٢) . ويلاحظ أنه يجب التمييز بين شريك يقدم حصته في رأس مال الشركة عملاً ، وبين عامل أو أجير للشركة يأخذ جزءاً من أجره مقداراً من أرباح الشركة . ففي الحالة الأولى يساهم الشريك في أرباح الشركة وفي خسائرها ، فإذا خسرت

نفسه حتى لقد قبل أن يكون المظنون عليها النصف في أرباح الشركة ، كما كتب لاجل الشركة مشيداً بهذا الوجه وبأنه لولا الانتحال على الطاعن الموصول على التصاريح ، وكانت المحكمة قد اعتبرت هذا العمل الذي قامت به الشركة حصة قانونية بالإضافة إلى ما تنتسج به من سمة تجارية ، فإن القول بهذا بأن العقد بلا سبب غير صحيح في القانون (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥ ص ٢١) .

(١) وإذا عجز الشريك عن العمل لمرض أو لأي سبب آخر ، اعتبرت حصته كحصة فضل الشركة ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك (بلاتويك وويير وليباريويير ١١ فقرة ١٠١١ مكررة) .

(٢) انظر مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ .

الشركة كانت مساهمة في الخسارة عمله الذي قلعه للشركة إذ لا يأخذ عليه أجراً (انظر م ٥١٥ / ٢ مدني وسيأتي بيانه^(١)) . أما في الحالة الثانية فالعامل أو الأجير يساهم في الربح دون أن يساهم في الخسارة ، إذ أن عمله في الشركة له دائماً أجر معلوم ، وقد سبق بيان ذلك^(٢) .

المبحث الثاني

كيف يتعين نصيب كل شريك
في الربح أو في الخسارة

١٨٧ - **المصرى القانونية :** تنص المادة ٥١٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١ - إذا لم يمين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسارة ، كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال » .

« ٢ - فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الربح ، وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضاً ، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة » .

« ٣ - وإذا كانت حصة أحد الشركاء على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة تبعاً لما تنفيذه الشركة من هذا العمل . فإذا قدم فرق عمله تقوداً أو أى شيء آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قلعه فوقه » .

وتنص المادة ٥١٥ على ما يأتي :

« ١ - إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها ، كان عقد الشركة باطلاً » .

(١) انظر ما على فقرة ١٩١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

٢١ - ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر ، بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر على عمله (١) .
وتقابل هذه النصوص في التفتين المدني السابق المواد ٤٣٠ - ٤٣٤ / ٥٢٣ - ٥٣٠ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٥١٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٩٧ من المشروع النهائي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٥٤٢ في المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب - وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترحت الاستعانة بعبارة « يكون نصيبه بمقدار أقل المصغر » في الفقرة الثالثة من المادة عن عبارة « وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة تباً لما تفديه الشركة من هذا العمل » ، لأن في ذلك تقريراً لأحكام التفتين السابق وحسب لأسباب المنازعات . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن فيه جحاشاً بحق الشريك الذي تكون حصته مقصورة على عمله ، وقد يكون هذا العمل أهم ما في الشركة ، وليس يكفي لتبرير الرجوع إلى الحكم المغيب المقرر في التفتين السابق الاستناد إلى تيسير حكم المنازعات لأن هدف التشريع الأول يبنى أن يكون عدالة الحكم أما هذا التيسير فيأتي في الدرجة الثانية . وأقرت اللجنة النص دون تعديل ، ثم أقره مجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٧ وص ٣٢٩ - ص ٣٣١) .

م ٥١٥ : ورد هذا النص في المادة ٦٩٨ من المشروع النهائي على الوجه الآتي : « إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو لا يساهم في خسائرها ، جاز إبطال عقد الشركة بناء على طلب الشريك الذي حرم من المساهمة في الأرباح أو بناء على طلب أي من الشركاء الذين يقع عليهم وحدهم عبء الخسائر . ومع ذلك يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر . على ألا يكون له أجر مما يقدمه من عمل » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٤٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدل نص الفقرة الأولى من المادة تمديداً بجمل الجزاء. البطلان المطلق لعدم التقابلية للإبطال فحسب ، إذ أن الشرط التقاضي بعدم مساهمة الشريك في الأرباح أو في الخسارة يتألف النظام العام ويبنى نية الشركة عند الشريك الذي يقبل هذا الشرط ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة تحت رقم ٥١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٢ - ص ٣٣٥) .

(٢) التفتين المدني السابق م ٥٢٣/٤٣٠ - ٥٢٤ : تبين في سند عقد الشركة حصة =

وتقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري م ٤٨٢ - ٤٨٣ - وفي التفتين المدني الليبي م ٥٠٥ - ٥٠٦ - وفي التفتين المدني العراقي م ٦٣٤ - ٦٣٥ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٩٤ - ٨٩٦^(١).

كل شريك في الأرباح، فإذا لم يذكر ذلك في العقد، كانت حصة كل واحد منهم في الأرباح بالنسبة لحصة رأس المال.

م ٤٣١/٥٢٥ : حصة الشريك الذي وضع عمله بصفة رأس مال مساوية لأقل حصة من حصص الشركاء الذين وضعوا حصصهم في رأس المال حياً.

م ٤٣٢/٥٢٦ : الشريك الذي وضع عمله بصفة رأس مال إذا وضع زيادة عليه رأس مال حياً يستحق في مقابلة ما وضعه من رأس المال المسمى حصة من الربح نسبية.

م ٥٧٧ مغلط : ومع ذلك إذا انقضت الشركة قبل انتهاء مدتها لا يستحق للشريك صاحب العمل في قسمة رأس مال الشركة إلا حصة بنسبة ما مضى من المدة.

م ٤٣٣/٥٢٨ : والحصة في الخسارة مساوية لحصة المشرطة في الربح، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك:

م ٤٣٤/٥٢٩ - ٥٣٠ : لا يجوز أن يشترط في الشركة أن واحداً من الشركاء أو أكثر لا يكون له نصيب في الربح أو يترجع رأس ماله سالماً من كل خسارة. ولكن يجوز أن يشترط أن من دخل في الشركة بعمله لا يشترك في الخسارة بشرط ألا ترتب له أجرة عن عمله.

(وأحكام التفتين السابق تنطبق مع أحكام التفتين الجديد، فيما عدا أن حصة الشريك إذا كانت عملاً كانت تقدر في التفتين السابق بقيمة أقل الحصص البالية، أما في التفتين الجديد فتقدر تبعاً لما تقيمه الشركة من العمل. وتسمى أحكام التفتين السابق في الشركات المدنية التي أُلغيت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩).

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٤٨٢ - ٤٨٣ (مطابق).

التفتين المدني الليبي م ٥٠٥ - ٥٠٦ (مطابق).

التفتين المدني العراقي م ٦٣٤ (موافق).

م ٦٣٥ (موافق، فيما عدا أن الجزاء في التفتين العراقي هو قسح عقد الشركة بناء على طلب الشريك الذي حرم من المساهمة في الأرباح أو بناء على طلب أي من الشركاء الذين يتبع طبعهم وحكم عبء الخسارة). انظر في القانون العراقي الأستاذ حسن الفتوف، فقرة ١٠٤ وما بعدها. =

١٨٨ - التمييز بين فرضين : ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أنه

يجب التمييز بين فرضين : أولاً - إذا نص عقد الشركة على تعيين نصيب كل شريك في الربح والخسارة . ثانياً - إذا لم ينص العقد على ذلك .

وقيل أن نستعرض كلا من الفرضين نحسن الإشارة إلى أن توزيع الربح والخسارة بين الشركاء إذا لم يقع وقت قيام الشركة ، فإنه يقع حتماً عند انحلال الشركة حيث يتبين ما إذا كان هناك ربح أو خسارة فيوزع ذلك أو هذه على الشركاء . على أنه جرت العادة بأن تعد ميزانية سنوية للشركة أثناء قيامها . وما ينتج من ربح في العام يوزع بين الشركاء^(١) .

١ - تقنين المورجات والمقود اللبناني م ٨٩٤ : إذا لم يبين في عقد الشركة نصيب كل شريك من الأرباح والخسائر ، فيكون نصيب كل منهم مناسباً لما وضعه في رأس مال الشركة . وإذا لم يبين في العقد إلا النصيب من الأرباح ، فإن هذا التمييز يطلق على الخسائر ، والعكس بالعكس . أما الشريك الذي لم يقدم سوى صناعته ، فتعين حصته على نسبة ما يكون لهذه الصناعة من الأهمية بالنظر إلى الشركة . والشريك الذي قدم عمالة على صناعته نفرداً أو غيرها من المقومات يحق له أن يتناول حصة مناسبة لما قدمه من طعين الوجيعين .

٢ ٨٩٥ : إذا قضى العقد بمنح أحد الشركاء مجموع الأرباح ، كانت الشركة باطلة . وكل نص يمنح أحد الشركاء من الاشتراك في دفع الخسائر يؤدي إلى بطلان الشركة .

٣ ٨٩٦ : تجرى أرباح الشركة وخسائرها بناء على الموازنة التي يجب تنظيمها مع قائمة المرد في آخر كل عام أو في آخر كل سنة للشركة .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وينص التقنين اللبناني على وجوب تكوين مال احتياطي للشركة قبل تقسيم الأرباح على الشركاء ، فيقطع قبل كل قسمة جزء من عشرين من الأرباح الصافية في آخر السنة لتكوين هذا المال الاحتياطي حتى يبلغ خمس رأس المال . وإذا نقص رأس المال وجب أن يستكمل على قدر الخسارة بما يجني من الأرباح فيما بعد . وتتعلق الشركة من توزيع كل ربح على الشركاء إلى أن يعود رأس المال إلى أصله تماماً ، ما لم يقرر الشركاء إخراج رأس مال الشركة إلى المبلغ الموجود حقيقة (م ٨٩٧ لبناني) . وبعد هذا الاقتطاع تصبح حصة كل شريك من الأرباح وبحق له حصته أن يأخذها ، فلذا تختلف عن أعدها أبقيت كوديعة له دون أن تزداد بها حصته في رأس مالها

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد :
« من أولى حقوق الشريك حقه في المطالبة بنصيب في الربح الصافي
للشركة . ولكن متى يجوز للشريك أن يطالب بحقه في الربح ! يقرر الشركاء
عادة عند انحلال الشركة ما إذا كان هناك ربح أو خسارة ، ثم يحصل
التوزيع : انظر م ٥٦٤ فقرة أولى من التفتين البولوني . على أنه جرت
العادة أيضاً بأن تعمل ميزانية سنوية للشركة ، وما ينتج من ربح يوزع
على الشركاء . وقد أقر التفتين البولوني (م ٢/٥٦٤) هذه العادة . على
أن الأمر يتعلق بعرف ثابت مستقر جرى العمل على اتباعه حتى لو لم يذكر
شيء في نظم الشركة ، ولذلك لم نر حاجة للنص عليه . كذلك بالنسبة
للخسائر تقضى القواعد العامة بدامة بأنها توزع على الشركاء عند انحلال
الشركة ، كما لا يقسم أى ربح بينهم إلا بعد تغطية الخسائر »^(١) .

أولاً - عقد الشركة ينص على تعيين نصيب كل شريك في الربح والخسارة

١٨٩ - **تعيين النصيب في كل من الربح والخسارة :** يعين عقد
الشركة عادة نصيب كل شريك في أرباح الشركة وفي خسائرها ، وعند
ذلك توزع الأرباح والخسائر على الشركاء طبقاً لما تعين من ذلك في عقد
الشركة . وليس من الضروري أن يعين نصيب الشريك في الربح معادلاً
لنصيبه في الخسارة ، فقد يكون نصيب أحد الشركاء في الخسارة أكبر

« الشركة ، ما لم يوافق بقية الشركاء موافقة صريحة على إسقاطها إلى حصته ، وذلك كله ما لم يكن
نص مخالف (م ٨٩٨ لبناني) . وتنص المادة ٥١٣ من التفتين الملغى الجبلي على أنه « يحق لكل
شريك أن يتسلم نصيبه من الأرباح بعد التصديق على بيان الحسابات ، ما لم يتفق على خلاف ذلك » .
(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٢٨ - وانظر بودري وقال ٢٢ فقرة ٢٨٩ -

فقرة ٢٩٠ - فورنييه في الشركات المدنية فقرة ٩٦ .

من نصيبه في الربح إذا كان مثلاً مديراً للشركة ، أو العكس . كذلك ليس من الضروري أن يكون نصيب الشريك في الربح أو في الخسارة متناسباً مع قيمة حصته في رأس المال أو متناسباً مع ما تفيده الشركة من هذه الحصّة إذا كانت عملاً ، بل يجوز أن يزيد النصيب أو ينقص عن ذلك^(١) . وفي هذه الحالة قد يتطوّل عقد الشركة على هبة غير مباشرة للشريك الذي زاد نصيبه في الربح أو نقص نصيبه في الخسارة ، وتكون الهبة صحيحة دون حاجة إلى ورقة رسمية لأنها هبة غير مباشرة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٢) .

١٩٠ - تعيين النصيب في الربح وعده أو في الخسارة وعده :

وقد يقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك في الربح وحده ، فتند ذلك يكون نصيبه في الخسارة معادلاً لنصيبه في الربح ولو لم يكن متناسباً مع قيمة حصته في رأس المال . ذلك أن تعيين النصيب في الربح قرينة على أن هذا هو النصيب أيضاً في الخسارة ، إذ الربح يقابل الخسارة ومن العدل أن تكون مساهمة الشريك في كل من الربح والخسارة بقدر واحد ما دام عقد الشركة لم ينص على اختلاف ما بين النصيبين^(٣) . وكذلك يكون الحكم فيها إذا اقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك في الخسارة ،

(١) استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٥ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٧ - ويجوز أيضاً أن يشترط الشريك ، في علقته بسائر الشركاء ، ألا يساهم في الخسارة إلا بقدر حصته في رأس المال ، ولكنه يبيّن مشولاً نحو دائي الشركة في ماله الخاص ويرجع كل شركائه (بلانجيل وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٤٦) . ويجوز للشريك بعد حل الشركة وأثناء تصفيتها أن يتفق مع باقي الشركاء على أن يأخذ جزءاً من حصته ثم لا يكون مشولاً من المساهمة (استئناف مخطوط ٦ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٣) .

(٢) انظر كذاً فقرة ١٦١ - وانظر بودري وقال ٢٣ فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٠ .

(٣) استئناف مصر ٢ مايو سنة ١٩٤٥ الجمعية الرسمية ٤٢ رقم ٨٣ - استئناف

مخطوط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٢٨ ص ٦٠ .

فلأن هذا يكون هو أيضاً نصيبه في الربح للاعتبارات المتقدمة الذكر . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥١٤ ملغى على هذه الأحكام صراحة ، فقد رأيناها نقول : « فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الربح ، وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضاً ، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة » .

١٩١ - النص على عزم مساهمة الشريك في الربح أو في الخسارة -

شركة الأسد : وقد قدمنا أن من مقومات عقد الشركة أن يساهم كل شريك في أرباحها وفي خسائرها بنصيب ما ، وإلا كانت الشركة باطلة لأن نية الشركة تكون منتزعة^(١) . فإذا نص عقد الشركة على ألا يساهم شريك في الربح ، فعنى ذلك أنه يساهم في الخسارة دون الربح ، فيكون عليه الغرم وليس له الغنم . أو نص عقد الشركة على ألا يساهم شريك في الخسارة ، فعنى ذلك أنه يساهم في الربح دون الخسارة ، فيكون له الغنم وعلى شركائه الآخرين الغرم^(٢) . والشركة التي يكون فيها لشريك الغنم دون الغرم أو الغرم دون الغنم تسمى شركة الأسد (société léonine) ، وهي هوكة باطلة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١٥ ملغى صراحة على هذا الحكم ، فقد رأيناها نقول : « إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها ، كان عقد الشركة باطلاً »^(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

(٢) ولو نص في عقد الشركة أن شريكاً لا يساهم لا في الربح ولا في الخسارة ، فالشركة أيضاً باطلة ، لأن نية الشركة تكون منتزعة عند هذا الشريك (بودري وقال ٢٢ فقرة ٢٦٦) . وذلك ما لم يعتبر هذا الشريك مقرضاً للشركة لا شريكاً .

(٣) وقد ورد في المذكرة الأيضاحية المشروع التمهيدى . « يطالب هذا النص الحكم بالحكم الوارد بالمادة ٥٢٩/١٢٤ - ٥٣٠ من القانونين الحال والسابق) ، وهو يقرر بطلان =

ومن ثم إذا نص عقد الشركة على أن أحد الشركاء لا يساهم في الربح
له أن يكون نصيبه فيه تافهاً إلى حد أن يكون هذا النصيب غير جدي ،
فإن الشركة تكون باطلة^(١) . وتكون باطلة أيضاً إذا نص العقد على أن
حد الشركاء لا يساهم في الخسارة أو أن يكون نصيبه فيها تافهاً إلى حد
عدم الجدوية^(٢) . ولكن لا يعتبر الشريك معنى من الخسارة إذا كانت حصته
في رأس المال هي عمله ما دام لم يقرر له أجر على هذا العمل ، إذ هو
في هذه الحالة يكون مساهماً في الخسارة حتى فقد قام بعمل لم يأخذ عليه
أجراً وهذه هي خسارته^(٣) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ مدني
صرحة على هذا الحكم ، فقد رأيناها تقول : « ويجوز الاتفاق على إعفاء
الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر ، بشرط ألا يكون

= شركة الأمد . والحكم الوارد به نتيجة معقولة لطبيعة عقد الشركة : تعاون الشركاء لتحقيق
عمل مشترك ونية المساهمة في هذا العمل عن طريق قبول بعض الأخطار . فلا يجوز إذن الاتفاق على
أن يتولى واحد أو أكثر من الشركاء على كل الأرباح ، أو ألا يتحمل نصيباً من الخسارة . ولا يلزم
لتطبيق النص أن يكون الإعفاء منصباً على تحمل كل الخسارة أو الاستئثار بكل الربح كاملاً ، بكل
يكتفى أن يكون نصيب الشريك في الخسارة أو في الربح تافهاً لدرجة يتيقن معها أنه صوري .
ويقترب على مخالفة هذا الحكم بطلان العقد كله ، لأن الشروط الأساسية في الشركة وحدة لا تتجزأ ،
وقد يكون الشريك لم يقبل التصاقل إلا بناء على الشرط الباطل » (مجموعة الإعمال التفسيرية
٤ ص ٢٢٢) .

(١) استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٥٢ .

(٢) استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤٣ المحسومة الرسمية ٤٢ ص ٢٤٤ - الزقازيق
١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٨٦ ص ٧٨٥ - مصر الكلية ١٢ فبراير سنة ١٩٥٠
المحاماة ٢٠ رقم ٤٦٥ ص ١٠٤٣ - استئناف مخطط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٩٩ م ١٢ ص ٤٢ .
ولكن يجوز أن يتصاقل الشريك مع أجنبي على تأليه ضد الخسارة ، فإذا عسر ردت شركة
التأمين له خسارته . أما إذا تعاقد الشريك مع شريك آخر على هذا التأمين ، فيرد الشريك الآخر
إلى الشريك الأول الخسارة ، فإن هذا لا يجوز (إنسيكلوبيدي دالروز) لفظ *société civile* فقرة
(١١٦) .

(٣) بوردوي وقال ٧٢ فقرة ٧٨٠ .

قد تقرر له أجر على عمله^(١) . أما إذا كانت حصة الشريك الانتفاع بماله أو بتقوده ، فإنه لا يجوز أن يعفى من المساهمة في الخسارة وإلا كانت الشركة باطلة ، لأن الشريك في هذه الحالة يساهم في الأرباح ، فإذا هو أعفى من المساهمة في الخسائر شارك في النعم دون الغرم ، وهذه هي شركة الأسد^(٢) . وشركة الأسد ، في أية صورة من صورها ، باطلة كما قدمنا . والبطلان مطلق . فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتصك به ، ويحكم به القاضي من تلقاء نفسه ، ولا ترد عليه الإجازة ، ولا يسرى في حقه التقادم . وقد كان المشروع التمهيدى ينص على أن الشركة تكون قابلة للإبطال لمصلحة من يضار من الشركاء بشرط عدم المساهمة في الخسارة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الفقرة الثانية من المادة ٤٣٤ مدنى (سابق) وبمقابلها م ٢/٥١٥ مدنى (جديد) تشمل بسموم نصها من دخل الشركة بمصلحة فقط ومن يدخل بمصلحة مع حصة مالية . فلا تكون الشركة باطلة إذا اشترط من ساهم فيها بحصة مالية وحمل فى إعطاء حصته المالية من أية عبارة ، لأنه في هذه الحالة يكون قد تحمل في الخسارة ضياع عمله الفنى بلا مقابل ، وهذا يكون لصحيح الشركة كنص تلك الفقرة . ولكن يشترط ألا يكون العمل الفنى ثانئياً ، والعمل الذى يصح اعتباره حصة في رأس مال شركة ما هو العمل الفنى كالتجارة التجارية في مشترى الصنف المتجر فيه ويصم (نقض مدنى ٢٢ يوفية سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٥ ص ٢٤٤) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم إذ قضى بصحة عقد الشركة قد قرر أن المادة ٥٣٠ من القانون المدنى المختلط (الملغى) تشمل بسموم نصها من دخل الشركة بمصلحة فقط ومن دخل بمصلحة مع حصة مالية ، وأن الشركة لا تكون باطلة إذا اشترط من أسهم فيها بحصة مالية فوق عمله إعطاء حصته المالية من أية عبارة لأنه هذه الحالة يكون قد تحمل في الخسارة ضياع وقته وجهده بلا مقابل ، فإن ما قرره هذا الحكم هو صحيح في القانون (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٥ ص ٢١ - انظر أيضاً استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٣٠ ص ٨٧٧) .

(٢) أما الشريك الذى ساهم بالعمل فإنه يسترد في الأصل قيمة عمله (بودرى وفال ٢٣ فقرة ٢٦٣) ، فإذا أمضى من المساهمة في الخسارة . صح ذلك ، بشرط ألا يسترد قيمة عمله وألا يأخذ أجراً عليه . انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٣٣) .

- وهم سائر الشركاء غير من أعض من المساهمة في الخسارة - أو لمصلحة الشريك الذي اشترط عليه عدم المساهمة في الربح^(١) . ولكن عند النص في لجنة مجلس الشيوخ فجعل البطلان مطلقاً ، « إذ أن الشرط التقاضي بعدم مساهمة الشريك في الأرباح أو في الخسارة يخالف النظام العام ، ويتناقض نية الشركة عند الشريك الذي يقبل هذا الشرط »^(٢) .

ثانياً - عقد الشركة لا ينص على تعيين نصيب الشريك
لا في الربح ولا في الخسارة

١٩٢ - تعيين نصيب الشريك في الربح وفي الخسارة بنسبة معينة في رأس المال : فإذا سكت عقد الشركة عن تعيين نصيب الشريك في الربح أو في الخسارة ، فافترض أن يكون نصيبه في ذلك أو في هذه بنسبة حصته في رأس المال . وذلك يستلزم تقويم هذه الحصص ، فإذا لم تكن مقومة منذ البداية في عقد الشركة ولم تكن من الثبوت ، تم تقويمها بالاتفاق ما بين الشركاء جميعاً ، فإذا اختلفوا قوم الخبراء بحصة كل منهم . وعند الشك يفترض تساوى الأنصبة (م ٥٠٨ مدني) ، ويمكن تصور ذلك إذا كانت الحصص كلها عبارة عن عمل يقدمه الشركاء . فإذا لم يمكن تقويم الحصص ، أو قام شك في هذا التقويم ، قسمت الأرباح والخسائر

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التصديرية ص ٣٣٣ .

(٢) انظر أيضاً فقرة ١٨٧ في المالح - وانظر مجموعة الأعمال التصديرية ص ٣٣٤ - ص ٣٣٥ - بودي وقال فقرة ٢٣ فقرة ٢٨٨ - بلانويل وريبير وليبارنيور ١١ فقرة ١٠٤٣ - فقرة ١٠٤٤ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أبطلت المحكمة شركة لبطلان ما اشترط في عقدتها من أن صاحب الحصة الكبرى في رأس المال لا يتحمل شيئاً في الخسارة ، فتسوية حساب هذه الخسارة تكون على قاعدة تقسيمها بين الشريكين بنسبة ما اتفقا عليه بشأن أرباحها (نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٥ ص ٢٤٤) .

بالتساوي بين الشركاء . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١٤ مدني على طريقة التوزيع هذه ، فقد رأيناها نقول : « إذا لم يعين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر ، كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال » (١) .

١٩٣ - نصيب الشريك في الربح والخسارة إذا كانت حصته محصورة :

وإذا سكت عقد الشركة عن تعيين نصيب الشريك في الربح والخسارة ، وكانت حصة هذا الشريك عملاً يقدمه للشركة ، فقد سبق القول إن هذا العمل تقدر قيمته تبعاً لما تنفذه الشركة من هذا العمل ، ويقدر هذه القيمة تكون حصة الشريك في رأس المال (٢) . ومن ثم يكون نصيب الشريك في

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص : « يتعرض هذه المادة لكيفية توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء ، وقد اتبعت المشرعون من التفتيش البنائى (م ٩٩٤) والتفتيش التونسى (م ١٣٠٠) والتفتيش المراكشى (م ١٠٣٣) ، مع مراعاة الصعوبات العملية التي واجهها القضاء . والنص مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين ، ولذلك لا يعمل به إلا في حالة سكوت العقد عن ذكر شيء في هذا الشأن المبدأ العام هو توزيع الأرباح والخسائر بنسبة قيمة الحصص ، وذلك يستلزم تقديرها إذا لم تكن مقدومة في العقد ولم تكن من التفرد . ويتم ذلك بمعرفة الشركاء أنفسهم أو الخبراء عند الشك يفترض تسوى الأنصبة ، ويمكن تصور هذه الحالة إذا كانت كل الأنصبة عبارة عن عمل يقفمه الشركاء . فإذا لم يمكن تقدير الحصص ، أوقام شك في هذا التقدير ، تقسم الأرباح والخسائر بالتساوي بين الشركاء . واقتضاء يقضى بهذا الحل ، رغم أن التفتيش الحالي (السابق) لم ينص عليه » (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩) .

وإذا عين في عقد الشركة نصيب بعض الشركاء في الربح والخسارة وسكت العقد عن نصيب الآخرين ، فيبدو أن النصيب الذي عين في العقد يمثل به ، وما بقى من ربح أو خسارة يقسم على باقي الشركاء الذين لم تعين أنصبتهم بنسبة حصة كل واحد منهم في رأس المال .

(٢) فإذا أدى الشريك العمل مدة قيام الشركة تقدر عمله طول هذه المدة ، وإذا انتقلت الشركة قبل انتهاء مدتها لم انتزع الشريك من العمل مدة من الزمن ، فعمله من المدة التي أصبحت

الربح وفي الخسارة بنسبة حصته في رأس المال مقومة على هذا النحو .
وقد كان التقنين الملحق السابق (م ٥٢٥/٤٣١) يقضى بأن يقوم العمل
الذى قدمه الشريك حصة في رأس المال بمقدار يساوى أقل حصة من
الحصص العينية التي قدمها الشركاء ، وذلك حسب النزاع في تقويم
العمل^(١) . وقد اقترح في لجنة الشيوخ إبقاء العمل بهذا الحكم ، ولكن
اللجنة رفضت هذا الاقتراح ، لأن فيه إجحافاً بحق انشريك الذى تكون
حصته مقصورة على عمله ، وقد يكون هذا العمل أهم ما في الشركة .
وليس يكفى لتبرير الرجوع إلى الحكم المعبى المقرر في التقنين السابق
الاستناد إلى تيسير حسم المنازعات ، لأن هدف التشريع الأول ينبغى أن
يكون عدالة الحكم ، أما هذا التيسير فيأتى في الدرجة الثانية^(٢) .

فإذا كان الشريك الذى قدم عمله حصة في رأس مال الشركة قدم
فوق ذلك نقوداً أو أى شيء آخر ، كان له نصيب في الربح أو في الخسارة
عن عمله مقوماً على النحو المتقدم ، ونصيب آخر في الربح أو في الخسارة
حما قدمه فوق عمله من نقود أو أى شيء آخر .

وقد وردت هذه الأحكام صراحة في الفقرة الثالثة من المادة ٥١٤

- العمل فيها ضلاً (بالإنبيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٤٧ ص ٣٢٤ - بودرى وفال
٢٣ فقرة ٢٦٤ - لويرو ورو وإسبان ٦ فقرة ٣٨١ ص ٤٣) .

(١) فإذا لم يكن في الشركة غير شريكين أحدهما بحصة مالية والآخر بالعمل ، فإن
البدء المتقدم الذكر يقضى بأن يكون نصيب كل شريك في الربح مساوياً للنصيب الآخر .
ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه قد جرت العادة إذ اشترك شخصان وقدم أحدهما
رأس المال وتمتد الثاني بإدارة الأعمال ، كان للأول ثلثا الأرباح والثاني الثلث (٢٧ فبراير
سنة ١٩٢٣ المحللة ٣ رقم ٢٣٩ ص ٤٠٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٠ - ص ٣٣١ - انظر أيضاً فقرة ١٨٧ في
المجلس - وتسمى أحكام التقنين الملحق السابق على الشركات المالية التي أسست قبل يوم ١٥
أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

مدنى ، فقد رأيناها تقول : « وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل . فإذا قدم فوق عمله نقوداً أو أى شيء آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قلده فوقه » (١) .

الفرع الثالث

الشخصية المعنوية للشركة

١٩٤ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٥٠٦ من التقنين المدنى على

ما يأتى :

« ١ - تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً ، ولكن لا يحتاج لهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التى يقررها القانون » .

(١) وتقول المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وأخيراً ، الشريك الذى يساهم بماله بقدر حصته تبعاً لأهمية هذا العمل ، ويعطى نصيباً من الأرباح والخسائر بمادله . فإذا كان قد ساهم بماله وعمله فى الوقت نفسه ، كان له نصيب يبادل ما قدم من مال ومن عمل . هنا هو الحل الذى أوردته المشروع . . . وهو حل هذا النحو يتفادى ما وجه من نقد إلى نصوص التقنينات الفرنسية والإيطالية والمولينية والمصرية ، التى تقضى بأن نصيب الشريك الذى يساهم بماله يكون مساوياً لنصيب أقل للشركاء حصته . كذلك يقطع هذا الحكم ما ثار فى الفقه من نزاع فى حالة تقديم الشريك ، علاوة على عمله ، ماله أيضاً ، فبعض للفقهاء يرى وجوب تقدير كل من العمل والمال ، وبعضهم يكتفى بتقدير المال أما العمل فيعتبر مساوياً لأقل الحصص . أما المشروع فإنه يقطع فى هذا النزاع ، ويقرر وجوب تقدير كل من المال والعمل » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٢٩) - وانظر أيضاً بودرى وقال ٢٢ فقرة ٢٥٩ مكررة - بلانول وريير وليباتير ١١ فقرة ١٠٤٧ - وقارن أويرى ورو وإيسان ٦ فقرة ٢٨١ ص ٤٣ .

٢ - ومع ذلك للغير إذا لم تهم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتسلك بشخصيتها^(١).

ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدنى السابق ، وكان القضاء في عهد هذا التفتين متحمساً ، تارة بقرر للشركة المدنية الشخصية المدنية ، وتارة ينكرها عليها^(٢).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٩٠ من المشروع التمهيدي مل الوجه الآف :

١٥ . تجبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً قانونياً ، غير أن هذه الشخصية وما يترأ على هذه الشركة من تعديلات لا يصح به مل الغير إلا بعد استيفاء إجراءات من النشر يكون من شأنها إحاطة الجمهور علماً بهذه الشركة وما أدخل عليه من تعديل ، سواء أكان النشر عن طريق القيد في السجل التجاري ، أم كان باستيفاء أى إجراء آخر يقرره القانون . ومع ذلك إذا لم تهم الشركة بإجراءات النشر المقررة ، جاز للغير أن يعتبر لما للشخصية القانونية ، وأن يتسلك قبلها بهذه الشركة وما لحقه من تعديل ، ٢ - يترتب أيضاً على عدم استيفاء إجراءات النشر المقررة عدم قبول ما تزعمه الشركة من دعوى . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد ، وصاروقه ٥٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٤ - ص ٣٠٧) .

(٢) ولكن القضاء المصري ، في عهد التفتين السابق ، قضى بعد تردد بأن الشركات المدنية تجبر أشخاصاً مدنية : استئناف مخطط ٣ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٣٠ - ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٨٥ - ٨ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٢٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢١٥ - ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٠ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢١٤ - جنح المنصورة الجزئية ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ ص ٢ ص ١٢٢ - ٢٨٤ - قانون استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٤ (بالنسبة إلى شركة طولى الموسقى وفلشريا ، وقد تكون جمعية لا لشركة) ، واستئناف مخطط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٥٩ ، واستئناف مخطط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٢٩ .

واستند القضاء المصري في إقرار الشخصية المدنية للشركة إلى المواد ٥٢٢/٤٤١ و ٥٤٢/٤٦١/٥٦٠ من التفتين المدنى السابق ، وتنص المادة الأخيرة على ما يأتي : « الدائتون الشركة مقسمون عنه توزيع الثمن ودفعه على مدائين أشخاص الشركة - . وهذا دليل على أن -

(الوسط - ١٩ م)

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٧٤ - ولا مقابل له في التقنين المدني الليبي - ويقابل في التقنين المدني العراقي م ٦٢٧ - ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(١).

١٩٥ - الشركة المدنية : بمجرد تكوينها تصبح شخصاً معنوياً : بسطنا فيما تقدم أركان الشركة ، فإذا توافرت هذه الأركان ، واعتقدت الشركة صحيحة ، كانت شخصاً معنوياً بمجرد تكوينها .

ولم تكن الشخصية المعنوية للشركة المدنية محل اتفاق في عهد التقنين المدني السابق ، إذ لم يرد في هذا التقنين نص صريح في هذا المعنى . وكان الأمر على هذا الاختلاف في القانون المدني الفرنسي ، فبعض الفقهاء في فرنسا ينكر على الشركة المدنية الشخصية المعنوية^(٢) . ولكن القضاء في فرنسا

شركة شخصية معنوية يتقدم بمقتضاها دائر الشركة على البائنين الشخصيين لشركاء . انظر في كل ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤٣٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى في الشركات فقرة ٥٧ ص ٧١ - ص ٧٢ .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٧٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : لا مقابل . فالتقنين المدني الليبي غير صريح في إعطاء الشركة المدنية الشخصية المعنوية .

التقنين المدني العراقي م ٦٢٧ (مطابق المشرع التمهيدى لنص المادة ٦٩٠ من التقنين المدني المصري ، والأحكام متفقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل . ويبدو أن التقنين اللبناني لا يطبق للشركة المدنية الشخصية المعنوية ، فقد ورد في الفقرة الثالثة من المادة ٨٥٣ من هذا التقنين ما يأتي : « ويكون رأس مال الشركة ملكاً مشتركاً بين الشركاء ، لكل منهم حصة شائعة فيه على نسبة ما قدمه من رأس المال » ، وورد في المادة ٨٥٦ : « كل شريك ملحق بسائر الشركاء . جميع ما وعد بتقديمه لشركة » .

(٢) ١ يون ١ فقرة ١٢٦ - أوبري ورو الطبعة الخامسة ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٠ - ص ١١ - ديمولوب ٩ فقرة ٤١٥ - لوران ٢٦ فقرة ١٨٩ - ليون كان ورينو ٢ فقرة ١٠٥ وقرة ١٤٠ - جيوارد فقرة ٢٤ وما بعدها - بودرى وقال ٢٣ فقرة ١١ .

أقر الشخصية المعنوية للشركة المدنية^(١) ، مستنداً إلى نصوص في التقنين المدني الفرنسي تقيم الروابط مباشرة بين الشركة والشركاء لا بين الشركاء بعضهم ببعض^(٢) ، وكذلك إلى المادة ١٨٦٠ مدني فرنسي وهي تحرم على الشريك إذا لم يكن مديراً للشركة أن يتصرف في أموالها . وقد أذعن الفقه الفرنسي في النهاية للقضاء ، وأصبح اليوم مسلماً بوجه عام في القانون الفرنسي أن الشركة المدنية تتمتع بالشخصية المعنوية^(٣) .

أما في التقنين المدني المصري الجديد فليس هناك أي شك في الشخصية المعنوية للشركة المدنية ، إذ أن الفقرة الأولى من المادة ٥٠٦ السالفة الذكر تنص صراحة على أن « تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً »^(٤) .

١٩٦ - النتائج التي تترتب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة المدنية :

ويترتب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة المدنية نتائج هامة هي التي تترتب على الشخصية المعنوية بوجه عام . وقد نصت المادة ٥٣ مدني في

(١) نفس فرنسي ٢٣ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ١٨٩١ - ١ - ٣٢٧ - ٢ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ - ١ - ١٦٩ - ٢ يناير سنة ١٨٩٤ دالوز ١٨٩٤ - ١ - ٤٨٣ - ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٨ دالوز ١٨٩٩ - ١ - ٥٩٣ .

(٢) بوجه خاص المواد ١٨٤٥ و ١٨٤٨ و ١٨٥٠ و ١٨٥٢ و ١٨٥٥ و ١٨٥٩ ، و ١٨٦٧ .

(٣) بلانجيل وديير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠١٧ - فقرة ١٠١٧ - مكررة - لوبري ورو وإسان الطلبة السادسة ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٩ وما بعدها - ميدان ١٢ فقرة ٤٣٣ - فورنييه فقرة ١٠ .

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٥ - وقد ورد في المادة ٥٢ من التقنين المدني الجديد ما يأتي : « الأشخاص الاعتبارية هي : ... (٤) الشركات التجارية والمدنية . . . وهذا النص يؤكد نص المادة ٥٠٦ مدني السالفة الذكر . كذلك قرر التقنين المدني الجديد للشخصية المعنوية للجمعيات والمؤسسات (انظر م ٥٢ (٥) مدني) .

هذا الصدد على ما يأتي : ١ - الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية ، وذلك في الحدود التي قررها القانون . ٢ - فيكون له : (أ) ذمة مالية مستقلة . (ب) أهلية في الحدود التي يبينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون . (ج) حق التقاضى . (د) موطن مستقل . ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز إدارته . والشركات التي يكون مركزها الرئيسى في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها ، بالنسبة إلى القانون الداخلى ، المكان الذى توجد فيه الإدارة الأهلية . ٣ - ويكون له نائب يعبر عن إرادته .

والشركة المدنية يكون لها نائب يعبر عن إرادتها ، وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام في إدارة الشركة . وهى فوق ذلك لها : (١) ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للشركاء (٢) أهلية في كسب الحقوق واستعمالها (٣) حق التقاضى (٤) موطن خاص وجنسية معينة . فذكره هذه النتائج الأربع .

١٩٧ - للشركة المدنية ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للشركاء :

لا يعتبر المال المملوك للشركة - رأس المال ونماؤه - ملكاً شائعاً بين الشركاء ، بل هو ملك للشركة ذاتها إذ هى شخص معنوى كما قلنا . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ - يجب تمييز حصة الشريك في الشركة عن مال الشركة ، فقد يكون مال الشركة عقاراً ومنقولاً ، أما حصة الشريك فهي دائماً منقول (١) .

(١) والشريك لا يملك في الشيوع مال الشركة مادامت الشركة قائمة ، فإذا انحلت كان مالاً في الشيوع ويستند أثر القسمة إلى وقت انحلال الشركة . أما لو كانت الشركة ليست لها شخصية معنوية ، فإن الشريك يعتبر مالاً في الشيوع لمال الشركة من وقت تكوينها ، فإذا انحلت وقسم المال استند أثر القسمة إلى وقت تكوين الشركة لا إلى وقت انحلالها (بوردو وقال ٢٢ فقرة ١٤) . ولا يقف التقادم لمصلحة الشركة حتى لو كان بين الشركاء قاصر لأول له ، لأن التقادم يبرى ضد الشركة وهى شخص معنوى لا ضد الشريك المتأخر (الأستاذ محمد كليل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤٢٢) .

ولدائى الشركة الشخصيين حقوق على هذه الحصة^(١) ، ولكن لبيت لم حقوق مباشرة على مال الشركة ، فلا يجوز لم أخذ اختصاص أو رهن على مال الشركة ولا الحجز على هذا المال^(٢) . ولا يجوز للشريك غير المنتدب للإدارة أنصرف في مال الشركة .

٢- لدائى الشركة حق مباشر على مال الشركة ، فهم يستوفون حقوقهم من هذا المال دون أن يزاحمهم فيه الدائون الشخصيون للشركاء^(٣) وإذا اشترط شريك أن يتردد حصته عيناً بعد حل الشركة ، فلا يحتاج بهذا الشرط على دائى الشركة ، ول هؤلاء أن يستوفوا ديونهم من حصة هذا الشريك حتى لو كانت هناك أموال أخرى غير هذه الحصة تقي بديونهم^(٤) .

٣- لا تقع المقاصة بين دين شخصى على الشريك ودين للشركة . فإذا كان دائى شخصى للشريك مدينأ للشركة ، لم يستطع أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى له على الشريك والدين الذى عليه للشركة ، ذلك لأنه دائى

(١) كانت حصة الشريك تعتبر مالا ممتوياً ، ولكن القضاء الفرنسى انتهى إلى اعتبارها حق دائية (droit de créance) للشريك على الشركة (بلانيول وريبير وليبارفيير ١١ فقرة ١٠١٩) .

(٢) استئناف مخطط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٨ . ولكن يجوز لدائى الشريك الحجز على نصيبه في الأرباح تحت يد الشركة ، وإذا كانت حصة أحد الشركاء عقاراً مقللاً برهن ، يق العقار مقللاً بالرهن حتى بعد انتقال ملكيته إلى الشركة ، وإذا أنشأ أحد الشركاء أو أعسر انحلت الشركة فجاز لدائى هذا الشريك التنفيذ على حصته بعد انحلال الشركة . ويجوز لدائى الشريكة أن يضمن في عقد الشركة بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها ، وكان للشريك قد أدخل حصته في الشركة إنشراحاً بدائتيه . انظر في كل ذلك بلانيول وريبير وليبارفيير ١١ فقرة ١٠١٨ .

(٣) وهذا لا يمنع من أن لدائى الشركة حق الرجوع على الشركاء في أموالهم الخاصة إذا لم يكف مال الشركة لوفاء حقوقهم : انظر م ٥٢٣ مدنى وسيأتى بيانها .

(٤) استئناف مخطط ٢ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢١ .

لشريك ومدين للشركة فهو دائن لشخص ومدين لشخص آخر^(١) .
وكذلك مدين الشريك لا يستطيع التمسك بالمقاصة في دين له على الشركة .
٤ - يجوز للشركة أن تكون هي ذاتها شريكاً في شركة أخرى ، دون
أن يكون الشركاء في الشركة الأولى شركاء في الشركة الأخرى .

١٩٨ - أهلية الشركة المدنية في كسب الحقوق واستعمالها : تستطيع

الشركة المدنية أن تكسب الحقوق وأن تستعملها باعتبارها شخصاً معنوياً ،
وذلك في الحدود التي يمينها عقد تأسيس الشركة . فلها أهلية الوجوب
وأهلية الأداء ، شأن كل شخص معنوي . فستطيع أن تملك بعض
أو بغير عوض ، وأن تصرف في أموالها طبقاً للنظم المقررة في عقد
تأسيسها ، وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام في إدارة الشركة .

ولا فرق في ذلك بين المعاضات والتبرعات ، فكما تستطيع الشركة
المدنية أن تشتري مالا من غيرها وأن تباع مالا إلى غيرها ، تستطيع
كذلك في حدود نظمها المقررة أن تهب مالا لغيرها وأن تهب مالا من

(١) بلانويول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٠ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١١٧٥ -
استئناف مخطط ١٣ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٥ . وقد قضت محكمة النقض بأن المقاصة
القانونية لا تجوز فيما لمدين شركة قبل أحد الشركاء المساهمين (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦
مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧) . والفرعية المستحقة على الأرباح التي تخص كل شريك
لا تلزم الشركة ، والشريك وحده هو المسئول عنها (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة
أحكام النقض ٩ رقم ٥٣ ص ٤٦١) . ولا تقع المقاصة بين دين في ذمة شريك لشريك آخر
وحق للشريك المدين في ذمة الشركة (استئناف مخطط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص
١٢٣) . ولكن يجوز لمدين الشركة أن يطلب الحكم بطلانها إذا كانت مصلحة في هذا الطلب ،
ويكون هذا في حالة المقاصة بين دينه ودين له على أحد الشركاء ، ولا تقع المقاصة الخفية إلا
إذا زالت شخصية الشركة بالبطلان وبذلك تزول العقبة وتقع المقاصة (أسبوط الكلية أول مارس
سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١١٦) .

غيرها^(١) . وقد ذهب رأى في فرنسا^(٢) إلى أن الشركة المدنية ليست أهلاً لقبول التبرعات لأن هذا التصرف يخرج عن دائرة نشاطها ، ولكن هذا الرأى لم يتغلب ، والرأى الغالب هو جواز قبول الشركة للتبرعات فقد يعينها ذلك على نشاطها إلى حد كبير^(٣) .

ولم ينص التشريع على قيود بالنسبة إلى الشركات كما كان ينص على هذه القيود بالنسبة إلى الجمعيات . فقد كانت المادة ٥٧ مدنى تنص على أنه ١٥ - لا يجوز أن يكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات ، إلا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله . ٢ - ولا يسرى هذا الحكم على الجمعيات التى لا يقصد منها غير تحقيق غرض خيرى أو تعليمى ، أو لا يراد بها إلا القيام ببحوث علمية . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٧٩ مدنى تقضى بأنه يجوز أن ينص فى مرسوم اعتبار الجمعية هيئة تقوم بمصلحة عامة على استثناء الجمعية من قيود الأهلية المنصوص عليها فى المادة ٥٧ مدنى . فهذه النصوص كلها كانت قد وردت فى خصوص الجمعيات ، أما الشركات المدنية فلا قيود عليها فى تملك المنقولات والعقارات بعوض أو بغير عوض ، فيما عدا القيود التى تفرضها عليها نظمها المقررة^(٤) .

١٩٩ - من التقاضى : وللشركة المدنية حق التقاضى باعتبارها شخصاً معنوياً . فترفع الدعاوى على الغير أو على الشركاء ، كما ترفع عليها

(١) ولا تنفيه فى ذلك إلا مبدأ التخصص (principe de la spécialité) المقرر بالنسبة إلى كل شخص معنوى (جوسران ٢ ققرة ١٣٢٦) .

(٢) لا يه : جورفالك دى باليه ١٨٨١ - ١٢٣٣ .

(٣) تاليرويسيو ققرة ٣٠٢ - بلاتويل وريير وليبارفير ١١ ققرة ١٠٢٢ .

(٤) انظر فى علم المسئولية الجنائية محكمة جنح الإسكندرية المخططة ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م

الدعوى من الغير أو من الشركاء^(١) . ويمثلها في الدعاوى التي ترفع منها أوليائها نائبا ، وذلك دون حاجة إلى إدخال الشركاء كلهم أو بعضهم في الدعوى ، إذ أن شخصيتها متميزة عن شخصية الشركاء فيها^(٢) . وترفع الدعوى عليها في المحكمة التي يوجد بها مقرها موطنها ، وسنرى الآن أن للشركة المدنية موطناً وجنسيتها .

٢٠٠ - موطن الشركة وجنسيتها : وللشركة المدنية ، ككل شخص

معنوي ، موطن (domicile) هو المكان الذي يوجد فيه مقرها الرئيسي أو مركز إدارتها ، ويسمى عادة بمقر الشركة (siège social) . وفي المحكمة التي يوجد في دائرتها هذا الموطن تقاضى الشركة كما قلنا ، لا في

(١) وهذا لا يمنع من أن يقاضى الشركاء بعضهم بعضاً ، ومن أن أغلبية الشركاء تقيد الأغلبية في قراراتها . وليس للشخصية المنوطة دخل في ذلك ، بل هذا يرجع إلى عقد تأسيس الشركة ذاته (أوبري وروولسان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ٢١) .

(٢) نقض مدني ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٣ ص ٦٠٠ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٦ ص ٥٩٣ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان موضوعاً بعبئة الاستئناف المرفوع من شركة اسم هذه الشركة ومركز إدارتها ، فإن ذلك كاف لصحة عبئة الاستئناف ، ولا مخالفة فيه لنص المادة ٢/١٠ مرافعات ، ويكون الحكم قد أخطأ في القانون إذ قضى بإعلان صحيفة الاستئناف استناداً إلى أنه يتفحص اسم من يمثل الشركة المسأفة (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٦ ص ٣٥٦) . وكذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين من مطالعة أوراق الملف أن الطعن كان ماثلاً في الدعيتين الابتدائية والاستئنافية باجباره يمثل الشركة وأنه أصدر توكيل الطعن إلى محاميه وأشار في تقريره طعنه إلى موضوع النزاع مما يكشف عن قصد الطعن في الحكم المطعون فيه والمصادر عليه بصفته المذكورة ويجعل هذا البيان كافياً لتحقيق الفرض الذي قصد الشارع ، فإنه لا يكون ثمة محل للنقض بعدم قبول الطعن شكلاً لرفضه من غير ذي صفة باعتبار أن الطعن مرفوع من الطاعن بصفته مديراً للشركة لا بصفته ممثلاً لها (نقض مدني ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٢ ص ٥٧٩) . انظر أيضاً استئناف مخطوط ١٩ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠٦ . فلذا أغلقت الشركة بمثل تمثيلها ، ووجب استئناف إجراءات التقاضي ضد المصن (استئناف مخطوط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٦٥) .

الدعوى التى ترفع عليها من الغير فحسب ، بل أيضاً فى الدعوى التى ترفعها هى على أحد الشركاء وفى الدعوى التى يرفعها شريك على شريك آخر . وقد نصت المادة ٥٨ من تقنين المرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى : « فى الدعوى المتعلقة بالشركات أو الجمعيات القائمة أو التى فى دور التصفية أو المؤسسات يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها مركز إدارتها ، سواء أكانت الدعوى على الشركة أم الجمعية أم المؤسسة أم من الشركة أم الجمعية على أحد الشركاء أو الأعضاء أو من شريك أو عضو على آخر . ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة ، وذلك فى المسائل المتعلقة بهذا النوع » . وإذا أعلنت الشركة تسلم صورة الإعلان بمركز إدارتها للنائب عنها بمقتضى عقد إنشائها أو نظامها (م ١٤ مرافعات)^(١) .

وللشركة المدنية جنسية لا ترتبط بجنسية الشركاء^(٢) ، وتكون جنسيتها عادة هى جنسية الدولة التى اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسى . فالشركات المدنية التى أسست فى الخارج واتخذت مركز إدارتها فى إقليم دولة أجنبية تعتبر شركات أجنبية ، ويسرى على نظامها القانونى قانون الدولة التى تنحى إليها بجنسيتها . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١١ منى فى هذا الصدد على ما يأتى : « أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليها قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى » .

(١) نقض ملق ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٠ من ٦٠ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤ : رقم ١٩ .

٢٠١ - موضوع بالخصبة المعنوية على الغير - وجوب استيفاء

إجراءات النشر : وكل ما قلناه من نتائج ترتب على الشخصية المعنوية للشركة المدنية يسرى في علاقة الشركة بالشركاء وبالغير ممن يتعامل معها وبدايتها ، إذا كان الغير أو الدائنون هم الذين يحتجون على الشركة بشخصيتها المعنوية ، كما إذا كان من يتعامل مع الشركة يحتج عليها بالعقد الذى أبرمه معها باعتبارها شخصاً معنوياً ، وكما إذا كان دائن الشركة ينفذ على أموالها فلا يزاحمه الدائنون الشخصيون للشركاء باعتبار أن الشركة شخص معنوى متميز في ماله عن الشركاء . ولا تستطيع الشركة في جميع هذه الأحوال أن تحتج على الشركاء أو على الغير أو على الدائنين بأنها لم تستوف إجراءات النشر المقررة ، إذ هي تعتبر شخصاً معنوياً بمجرد تكوينها دون حاجة إلى استيفاء أى إجراء للنشر كما سبق القول . وكذلك الحال إذا احتجت الشركة بشخصيتها المعنوية على الشركاء ، فإنها تستطيع ذلك دون حاجة لاستيفاء إجراءات النشر ، إذ الشركاء هم المكلفون بالقيام بهذه الإجراءات ، فإذا أهملوا لم يجوز لهم أن يفيلوا من إهمالهم .

أما إذا أرادت الشركة أن تحتج بشخصيتها المعنوية على الغير ممن يتعامل معها أو على الدائنين لها ، كأن ترفع عليهم دعاوى باعتبارها شخصاً معنوياً ، جاز لهؤلاء جميعاً أن يتجاهلوا أن للشركة شخصية معنوية إلى أن تستوف إجراءات النشر فيلقضوا بعدم قبول الدعوى المرفوعة منها ، ويجب في هذه الحالة أن يرفع الدعوى جميع الشركاء ويكون مال الشركة مالا شائعاً بين الشركاء . ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٥٠٦ مدنى تقول كما رأينا : « تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التى يقررها القانون » . فالنص يفترض أن قانوناً يصدر بنظم إجراءات النشر يجب على

الشركات المدنية استيفاؤها حتى تستطيع أن تحتج بشخصيتها المعنوية على الغير . وقد كان المشروع التمهيدى للنص يحيز لاستيفاء إجراءات النشر هذه القيد فى السجل التجارى^(١) ، ولكن النص عدل فى لجنة المراجعة^(٢) ، فأصبح من الواجب تنظيم إجراءات للنشر خاصة بالشركات المدنية تنظيمًا تشريعيًا . ولما كان هذا القانون الذى ينظم إجراءات النشر للشركات المدنية لم يصدور حتى الآن ، فلا سبيل لهذه الشركات أن تستوفى إجراءات النشر اللازمة ، ومن ثم لا نستطيع أن تحتج بشخصيتها المعنوية على الغير ، ولا بد من انتظار صدور هذا القانون حتى يتم تنظيم الشخصية المعنوية

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على أنه لما كان قيام الشركة بجم الغير العلم به كما يسه أيضاً العلم بما قد يطرأ على عقد الشركة من تعديلات تمس مصالحه ، كتعديل مدة الشركة أو اسمها التجارى أو مركزها أو هيئة الإدارة فيها ، وجب استيفاء إجراءات النشر وفقاً للأشكال والمواعيد التى يحددها قانون السجل التجارى أو نص قانون آخر ، ويكون من شأنها إحاطة الجمهور علماً بمقد الشركة وما أدخل عليه من تعديل . أما من جراء عدم القيام بهذه الإجراءات ، فلم يقرر المشروع بطلاناً من نوع خاص فى هذه الحالة ، وإنما قرر وفقاً للقواعد العامة عدم إمكان الاحتجاج على الغير بمقد الشركة وما يدخل عليه من تعديلات . على أنه لما كان المقصود هو حماية الغير ، وجب أن يترك له وحده تقدير ما إذا كانت مصلحته أن يحتج بعدم استيفاء إجراءات النشر لأن له فائدة فى ذلك ، أم يتسكك بالشخصية القانونية لشركة ويحتج قبلها بالمقد وما لحقه من تعديل : م ١٢ من قانون الشركات البلجيكي . وأخيراً ، لإجبار الشركاء على استيفاء إجراءات النشر ، انتسب المشروع فى الفقرة الثانية (وقد أقيمت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة اكفاء بالقواعد العامة : انظر آتفاً فقرة ١٩٤ فى الهامش) وسيلة قروها قانون الشركات البلجيكي (م ١١) وجاءت بأحسن النتائج من الناحية العملية ، تلك هى عدم قبول ما ترضه الشركة من دعاوى إلا إذا أثبت أن إجراءات النشر قد تمت ، ويكفى لذلك أن يذكر فى إعلان الدعوى رقم قيدھا فى السجل التجارى . ولكل شخص رفضت ضده الدعوى أن يدفع بعدم قبولها لأن إجراءات النشر لم تتم ، ويترتب على ذلك إيقاف الدعوى وعدم جواز السير فيها من جديد إلا بعد أن تثبت الشركة قيامها بإجراءات النشر . تلك هى الوسائل التى قروها المشروع لضمان نشر الشركات ، وهى تمت ضمانات لها أهمية أساسية من الناحية الاقتصادية والمالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٦) .

(٢) انظر آتفاً فقرة ١٩٤ فى الهامش .

للشركات المدنية . غير أنه مما يخفف من عيوب هذا النص أن الفقرة الثانية من المادة ٥٠٦ مدني تنص كما رأينا على ما يأتي : « ومع ذلك للغير إذا لم تتم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها » . فجاز إذن أن يرتب على الشخصية المعنوية للشركة المدنية ، دون أن تستوفى إجراءات النشر ، جميع النتائج في أكثر الأحوال العملية التي تتعامل فيها الشركة ، على النحو الذي سبق بيانه .

وقد رأينا فيما قدمناه^(١) أنه لا يجوز للشركة أن تحتج على الغير بطلانها لخلل في الشكل ، كأن تتعقد بغير ورقة مكتوبة . ونرى من ذلك أن الشركة الباطلة شكلا والتي لم تستوف إجراءات النشر لا تستطيع أن تحتج على الغير لا بطلانها ولا بعدم استيفائها لإجراءات النشر ، بل يجوز للغير أن يعتبرها شركة واقعية ذات شخصية معنوية وأن يرتب على ذلك جميع النتائج التي ترتب على الشخصية المعنوية على النحو الذي قدمناه .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧٧ .

الفصل الثاني

أحكام الشركة

٢٠٢ - إدارة الشركة وآثر الشركة بالنسبة إلى الشركاء : متى انضمت الشركة المدنية صحيحة وكسبت شخصيتها المنوية على النحو الذي قدمناه ، وجب أن يترتب على عقد الشركة أحكامه . وتظهر هذه الأحكام : (أولاً) في إدارة الشركة (ثانياً) في أثر الشركة بالنسبة إلى الشركاء .

الفرع الأول

إدارة الشركة

٢٠٣ - مآلاته - تعيين من يرر الشركة أو هرم التميميع : قد يعين الشركاء بالاتفاق فيما بينهم من يدير الشركة ، وقد يسكون من ذلك . فنستعرض كلا من الحالتين .

المبحث الأول

تعيين من يدير الشركة

٢٠٤ - كيف يكونه التميميع : قد يكون تعيين من يدير الشركة منصوفاً عليه في عقد تأسيس الشركة ذاته باتفاق الشركاء جميعاً ، فيقع الاختيار على شريك أو أكثر يتدبون للإدارة أو على أجنبي غير شريك (gérant statutaire) . وقد يأتي تعيين من يدير الشركة بعد ذلك باتفاق لاحق لعقد تأسيس الشركة ، فيتفق الشركاء جميعاً على شريك أو أجنبي ،

واحد أو أكثر ، لإدارة الشركة (gérant mandataire)^(١) . ويكون المدير أو المديرون بأجر أو بغير أجر .

٢٠٥ - جواز عزل مدير الشركة - نص قانوني : وقد نصت المادة ٥١٦ من القانون المدني على ما يأتي :

« ١ - للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة أن يقوم ، بالرغم من معارضة سائر الشركاء ، بأعمال الإدارة وبالتصرفات التي تلتحق بغرض الشركة ، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش . ولا يجوز عزل هذا الشريك من الإدارة دون مسوع ، ما دامت الشركة باقية » .

« ٢ - وإذا كان انتداب الشريك للإدارة لاحقاً لعقد الشركة ، جاز الرجوع فيه كما يجوز في التوكيل العادي » .

« ٣ - أما المديرون من غير الشركاء فهم دائماً قابلون للعزل »^(٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما عن طريقة تعيين المدير ، فهو إما أن يمين بنص خاص فى عقد الشركة ، وإما أن يتم تعيينه باتفاق لاحق للعقد . والشرط اللازم فى الحالتين هو رضا جميع الشركاء . لأن التصيين بالنسبة للمدير المعين بالعقد هو جزء من الاتفاق ، ويجب رضا جميع الشركاء به ، وكذلك بالنسبة للمدير المعين باتفاق لاحق لابد من إجماع الشركاء عليه ، لأن الاتفاق الجديد يتضمن خروجاً عن العقد الأول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٧ - ص ٣٣٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع نص القانون المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويلاً لفظياً فصار مطابقاً لما استقر عليه فى القانون المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٥٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٧ ، وص ٣٣٩ - ص ٤٢٠) .

وقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٥٣٥/٤٣٥ و ٥٣٦/٤٣٦ .
٥٣٢ و ٥٣٧/٤٣٣ - ٥٣٤ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
م ٤٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥١٠ - وفي التقنين المدني العراقي
م ٦٣٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٨٣ - ٨٨٥ م و ٨٩١
- ٨٩٢ (٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٥٣١/٤٣٥ : يجوز للشركاء أن يمينوا مديرًا لشركة ،
واحدًا أو أكثر .

م ٥٣٧/٤٣٦ : والمليونرون القين ليسوا شركاء يجوز دائماً عزلهم .
م ٥٣٧/٤٣٧ - ٥٣٤ : والمليونرون الشركاء يجوز عزلهم إذا لم يمينوا للإدارة : في عقد
الشركة ، ومع ذلك فالمليونرون الشركاء المليونرون للإدارة في العقد يجوز عزلهم أيضاً لأسباب
قوية أو إذا كانت الشركة شركة مساهمة .
(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٨٤ (مطابق) .
التقنين المدني الليبي م ٥١٠ : ١ - لا يجوز دون سبب معقول عزل الشريك المنتصب
للإدارة في عقد الشركة . ٢ - أما إذا كان انتداب الشريك للإدارة بموجب إجراء لاحق ،
فالانتداب خاضع للقسخ حسب أحكام الوكالة . ٣ - ويجوز لكل شريك أن يطلب إل القضاء
العزل ، إذا تبين سبب معقول .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدني المصري . ولم ينص التقنين الليبي على
جواز عزل الأجنبي المنتصب للإدارة كالكامل المسمى ، ولكن هذا حكم يتفق مع القواعد العامة) .
التقنين المدني العراقي م ٦٣٦ (مواظف - انظر الأستاذ حسن الننون فقرة ١١١ ومايلها) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٨٣ : يجوز أن يمهّد في الإدارة إلى مدير أو عدة مديريين
وأن يمينوا من غير أعضاء الشركة . غير أنه لا يجوز تعيينهم إلا بالغالبية التي يوجبها عقد
الشركة لقراراتها .

م ٨٨٤ : يجوز للشريك الذي عهد إليه في إدارة الشركة بمقتضى العقد أن يقوم ، على الرغم
من مصادرة بقية الشركاء ، بجميع الأعمال الإدارية حتى أعمال التصرف للاخطة في موضوع
الشركة ، وفقاً لما نص عليه في المادة ٨٨٧ ، بشرط ألا يكون ثمة عش وأن تراعى القيود
الموضحة في العقد الذي منح السلطة بمقتضاه .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن مدير الشركة إذا كان أجنبياً يجوز عزله كما يجوز عزل الوكيل ، لأنه لا يعدو أن يكون وكيلاً عن الشركة ، وذلك سواء كان التعيين منصوصاً عليه في عقد تأسيس الشركة أو حاصلًا باتفاق لاحق . أما إذا كان المدير شريكاً ، فإن كان معيّنًا في اتفاق لاحق لعقد تأسيس الشركة ، فكذلك يجوز عزله كما يجوز عزل الوكيل . وإن كان معيّنًا في عقد تأسيس الشركة ، لم يميز عزله إلا إذا كان هناك مسوغ للعزل من خيانة أو سوء إدارة أو عجز أو تقصير كبير^(١) . ذلك أن تعيينه

م ٨٨٥ : إن المدير الذي يمين من غير الشركاء تكون له الحقوق المطالة للوكيل بمقتضى المادة ٧٧٧ ، ما لم يكن هناك نص يخالف .

م ٨٩١ : لا يجوز عزل المديرين المعيّنين بمقتضى عقد الشركة إلا لأسباب مشروعة وبقرار يتخذ باتفاق جميع الشركاء . غير أنه يجوز أن يمنح عقد الشركة هذا الحق للقالية أو ينص على أن المديرين المعيّنين بمقتضى العقد يمكن عزلم كما يزل الوكيل . ويعد من الأسباب المشروعة سوء الإدارة ، وقيام خلاف شديد بين المديرين ، وارتكاب واحد أو بوجه منهم مخالفة عامة لموجبات وظيفتهم ، واستحالة قيامهم بها . ولا يجوز من جهة أخرى للمديرين المعيّنين بمقتضى عقد الشركة أن يعدلوا عن وظائفهم لنير مانع مقبول شرعاً ، وإلا كانوا ملزمين ببطل العمل والفسر للشركاء . أما إذا كان عزل المديرين منوطاً بمشقة الشركاء ، فيمكنهم أن يعدلوا عن وظائفهم على الشروط الموضوعة للوكيل .

م ٨٩٢ : إن المديرين الشركاء إذا لم يمينوا بمقتضى عقد الشركة ، كانوا قابليين للعزل كالوكلاء ، غير أنه لا يمكن تقرير عزلم إلا بالقالية اللازمة للتعيين . ويحق لهم من جهة أخرى أن يعدلوا عن القيام بوظائفهم على الشروط الموضوعة للوكلاء . وتطبق أحكام هذه المادة على المديرين غير الشركاء .

م ٨٩٣ : إذا لم يقرر شيء فيما يختص بإدارة أعمال الشركة . عدت شركة محدودة . (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وينص تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٨٩٤ / ٣) على ما يأتي : « ويعد من الأسباب المشروعة سوء الإدارة ، وقيام خلاف شديد بين المديرين ، وارتكاب واحد أو بوجه منهم مخالفة عامة لموجبات وظيفتهم ، واستحالة قيامهم بها » (انظر أيضاً نفس الفقرة في الماشق) . وإذا كان الشريك متدباً للإداة في عقد تأسيس الشركة ، فلم يميز عزله إلا لمسوغ ، كذلك =

في عقد تأسيس الشركة يجعل هذا التعيين جزءاً من نظامها له نفس الثبات والاستقرار^(١) .

ولست هذه الأحكام من النظام العام ، فيجوز الاتفاق بين الشركاء على أن يكون الشريك المعين مديراً في عقد تأسيس الشركة جازئ العزل كالوكيل العادي ، كما يجوز الاتفاق على أن يكون الشريك المعين مديراً باتفاق لاحق ، أو الأجنبي المعين مديراً في عقد تأسيس الشركة أو باتفاق لاحق ، غير جازئ العزل كالوكيل العادي ، بل يجب لعزله أن يكون هناك مسوغ للعزل على النحو الذي قلناه .

أما عزل الشريك المنتدب للإدارة في عقد تأسيس الشركة لمسوغ من مسوغات العزل ، فيجوز أن يتفرد بطلبه أحد الشركاء فيرفع الأمر إلى القضاء ليقرر هل هناك مسوغ كافٍ للعزل . وإذا عزل الشريك المنتدب

= لا يجوز له هو ايضاً أن ينتهي من الإدارة إلا لمسوغ . أما من يجوز عزله كالوكيل من المديرين - الأجانب والشريك المعين باتفاق لاحق - فيجوز لم ينتهي من الإدارة كالوكيل (انظر في هذا المعنى المادتين ٨٩١ - ٨٩٢ من تقنين الموجبات والنفود الثباتي وفقاً في نفس الفقرة في الماش - بودوي وقال ٢٣ فقرة ٢٩٨ - بلانويول وديير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٣ ص ٣٠٠) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما الشريك الذي يعين مديراً بالقد ، فلا يجوز عزله إلا لسبب مشروع يبرر فسخ الاتفاق على التعيين ، كالإخلال بالالتزامات أو أعمال الخيانة أو عدم المقدرة على العمل ، لأن الاتفاق على تعيين المدير هو جزء من عقد الشركة يأخذ حكمه من حيث الإلزام . فإن كان المدير المعين من غير الشركاء جازئ عزله دائماً ، لأن علاقة هذا المدير بالشركاء لم تخرج من كونها وكالة يجوز الرجوع فيها طبقاً للقواعد العامة ، ولذلك تقرر الفقرة الثالثة جواز عزل المديرين من غير الشركاء دائماً ، وهو نفس الحكم الوارد بالمادة ٥٣٢/٤٣٦ من التقنين الحالي (السابق) . وحل هذا النحو يفسح المشروع حلاً لتزاع القائم في الفقه والقضاء . أما المدير العادي المعين باتفاق لاحق ، فهو وكيل عادي يجوز عزله بحسب الإرادة طبقاً لقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٨) .

للإدارة في هذه الحالة ، بقيت الشركة قائمة بالرغم من عزله ، وللشركاء أن يتفقوا على تعيين مدير آخر ، أو توكل الإدارة إلى كل شريك على النحو الذي سراه عندما لا يكون هناك اتفاق على تعيين من يدير الشركة^(١).

وعزل الشريك المنتدب للإدارة باتفاق لاحق ، وكذلك عزل الأجنبي المنتدب للإدارة سواء في عقد تأسيس الشركة أو باتفاق لاحق ، لا حاجة فيه إلى رفع الأمر إلى القضاء ، بل يجوز للشركاء أنفسهم أن يقرروا العزل ولولم يستندوا في ذلك إلى مسوغ كما سبق القول . ويتضمن نظام الشركة في العادة نصاً يبين هل يقع العزل باتفاق الشركاء جميعاً أو بقرار الأغلبية أو بطلب واحد منهم فقط . فإذا لم يتضمن نظام الشركة شيئاً في هذا المعنى فالظاهر أن القرار يصدر بالأغلبية العددية للشركاء (انظر م ٥١٨ مدني^(٢)) . وهناك من يذهب إلى أن القرار يجب أن يصدر بالإجماع^(٣) ، كما أن هناك من يذهب إلى أن واحداً من الشركاء فقط يكفي لإيقاع العزل لأن وكالة المنتدب للإدارة يجب أن تكون عن الجميع فإذا نقض

(١) بودي وقال ٢٢ فقرة ٢٩٧ - لوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٢٨٢ ص ٥٠ - بلانول وبيير ولبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٣ ص ٣٠٠ - ريبير في القانون التجاري فقرة ٧٣٦ - قارن بون فقرة ٥٠٨ - فورنييه فقرة ٦٤ ص ٧٧ - جيوار فقرة ٥٣٤ - ليون كان وريزو وأيو ٢ فقرة ٥٠٨ مكررة - الأستاذ محمد كلل مرسى فقرة ٤٨٦ .

(٢) انظر في هذا المعنى لوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٢٨٢ موانش ١-٥ ص ٥٠ - جيوار فقرة ١٣٥ - تالير وبرسيرو فقرة ٤٠٠ - كولان وكاينتان ٢ فقرة ١١٨٦ - هوبان وبوسشيه ١ فقرة ١٧٣ - بون فقرة ٥١١ - أنيكلويد دالوز ٥ لفظ *société civile* فقرة ٢٠٣ .

(٣) لوران ٢٦ فقرة ٣٠٦ .

أحد الشركاء الوكالة انتقضت بالنسبة إلى الجميع^(١) . وإذا عزل المنتدب للإدارة ، بقيت الشركة قائمة تدار على النحو الذي قلناه في عزل الشريك المنتدب للإدارة في عقد تأسيس الشركة^(٢) .

٢٠٦ - سلطات من يربر الشركة بفراده واحد : وإذا كان من يدير الشركة واحداً ، سواء كان شريكاً أو أجنبياً ، وسواء عين في عقد تأسيس الشركة أو باتفاق لاحق ، فإن له أن يتفرد بإدارة الشركة . ويتضمن نظام الشركة عادة نصوماً تحدد سلطات من يدير الشركة ،

(١) ديراتون فقرة ٣٤ : - تروبلونج فقرة ٦٨٠ - بودي وفال ٢٣ فقرة ٢٩٦ - وانظر في الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة بلانويول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٤٨٥ .

على أنه إذا كان هناك مبرر للعزل ، جاز لأحد الشركاء أن يطلب من القضاء عزل المدير ، والقضاء ينصل فيما إذا كان المبرر كافياً للحكم بالعزل - هذا والمذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدى تنصب إلى أنه لا يجوز عزل المدير حيث يكون قابلاً للعزل إلا بإجماع الشركاء أو على الأقل بموافقة الذين قاموا بالتعيين ، فتقول في هذا الصدد : « ويحدد عقد الشركة عادة من له الحق في عزل المدير ، فإذا سكت العقد وجب بالنسبة للمدير للشريك المعين بالمقد أن يقرروا القضاء ، بناء على طلب واحد أو أكثر من الشركاء ، وجود سبب شرعى يبرر عزله . أما المدير من غير الشركاء المعين بالمقد وكذلك المدير المادى ، فيجوز عزلها بمجرد إرادة الشركاء دون حاجة لتدخل القضاء . إنما يلزم إجماع الشركاء ، أو على الأقل موافقة الذين قاموا بالتعيين » على أنه إذا كان هناك مبرر شرعى للعزل ، جاز لأحد الشركاء وحده أن يرفع دعوى قضائية بطلب العزل (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٣٨) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدى في هذا الصدد : « ولا يترتب على عزل المدير انحلال الشركة ، وإلا ألزم الشركاء بالاحتفاظ بمدير عائن أو غير كفه قضائياً لانحلال شركة ناجمة . ثم إن الأمر لا يقتضى مجرد إنهاء الوكالة المسماة المدير ، فيكون للشركاء إذن إما إدارة الشركة جماعة طبقاً للقواعد العامة أو تعيين مدير جديد » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٣٨) .

فيجب التزام هذه النصوص ، وعلى من يدير الشركة ألا يجاوزها في أعمال إدارته^(١) .

أما إذا لم يتضمن نظام الشركة شيئاً في هذا الصدد ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٦٠ مذكراً رأينا على أن للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة - ومثله الأجنبي وكذلك من يعين للإدارة باتفاق لاحق شريكاً كان أو أجنبياً^(٢) - أن يقوم ، بالرغم من معارضة سائر الشركاء ، بأعمال الإدارة والتصرفات التي تدخل في غرض الشركة ، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من النش . فالمقروض إذن أن الشركاء ، عندما عينوا من يدير الشركة ، أنهم أعطوه السلطة الكافية لتحقيق أغراض الشركة ، من أعمال إدارة وأعمال تصرف^(٣) . فإذا كانت الشركة مثلاً شركة للنشر ، كان لمديرها أن يتعاقد مع المؤلفين وأن يقوم بالأعمال اللازمة لنشر المؤلفات من طبع وتوزيع ، وأن يقوم بالتصرفات

(١) فالقرار الصادر باتفاق عدد كبير من أعضاء طائفة رؤساء البوغاز بمنح أحد زملائهم الذي استقال حالياً ، مخالفين في ذلك قانون الطائفة ، لا ينفذ على الأعضاء الذين لم يشتركوا في إصداره (استئناف وطني أول أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٦٦ ص ١١٠) .

(٢) بودوي وقال ٢٣ فقرة ٣٠١ - قوونيه فقرة ٦٧ ص ٧٨ .

(٣) متى وقع المدير بهذه الصفة على سند دين التزم به الشركة (نقض مدني ٧ يوليو سنة ١٩٠٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٣ ص ١٣٥٧) . وإذا وقع الشريك المدير باسمه على تعهد من الشهادات دون بيان عنوان الشركة ، فإن ذلك لا يترتب عليه بمجرد إعطاء الشركة من الالتزام ، وإنما تقوم قرينة على أن الشريك المدير يتصل في هذه الحالة لحسابه الخاص ، وهي قرينة تقبل إثبات العكس بطرق الإثبات كافة بما فيها القرائن نفسها (الحكم السابق) . وإذا لم يجاوز المدير حدود سلطته ولكنه أساء استعمالها لصلحته الشخصية وكان النثر الذي تتصل به حسن النية ، فإن عمل المدير يلزم الشركة (استئناف مخطط ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٠ - ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٨٨) . ولا يلزم العمل الشركة إذا كان النثر صهيئياً (استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٨) .

القانونية اللازمة لإنجاز هذه الأعمال . وإذا كانت الشركة لشراء العقارات وبيعها ، كان المدير أن يشتري العقارات باسم الشركة وأن يبيعها باسمها . ولكن لا يجوز للمدير أن يقوم بأعمال ليست لازمة لتحقيق أغراض الشركة ، فلا يجوز له أن يبيع عقاراً للشركة أو يرهنه أو يقترض ، إذا لم يكن هذا التصرف ضرورياً لتحقيق أغراض الشركة . كما لا يجوز له أن يهب أموال الشركة^(١) أو يتنازل عن ضمان أو يبرئ مدنياً من الدين أو يعقد صلحاً أو تحكيمياً أو يغير مقر الشركة إلا باتفاق الشركاء جميعاً^(٢) . ويدخل في أعمال الإدارة الموكولة إلى المدير أن يقبض حقوق الشركة ، وأن يشطب الرهون بعد قبض الحقوق المضمونة بها ، وأن يقاضي مدني الشركة ، وأن يقوم بالترميمات الضرورية في عقارات الشركة وبما يلزم لجعل هذه العقارات صالحة لأغراض الشركة دون أن يقوم بأعمال أو بناء فيها لا يكون ضرورياً لتحقيق هذه الأغراض^(٣) . ولا يجوز للمدير أن يفوض

(١) ولكن إعطاء الهدايا المألوفة ومنح المكافآت الموثقين والمهال ما يقربه العرف جائز (بودى وقال ٢٣ فقرة ٣٠٣) .

(٢) جيوار فقرة ١٢٤ مكررة - بودى وقال ٢٣ فقرة ٣٠٤ - فورنيه فقرة ٦٧ - بلانيول وريير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٥ .

(٣) بودى وقال ٢٣ فقرة ٣٠٥ - بلانيول وريير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٥ - وقد كان التفتين الملف السابق (٥٣٦/٤٣٩ م) ينص على أنه « ليس للمديرين ولو باتحاد أراهم ولا لشركاء بأكثرية الآراء أيأ كانت تلك الأكثرية . أن يطلبوا مبالغ غير حصص رأس المال المنفق عليها في المقء ، ما لم يكن ذلك لدفع ديون على لشركة أو لأداء المصاريف اللازمة لحفظ أموالها » . وهذا النص يتفق مع القواعد العامة ، فيحمل به في عهد التفتين الملف الجديد . ومن ثم لا يجوز للمدير الشركة أن يطلب من الشركاء ما يزيد على حصصهم إلا باتفاقهم جميعاً ، أو في إحدى الحالتين الاستثنائيتين الآتيتين : (١) سداد ديون الشركة ، وذلك إذا لم يكف مال الشركة لوفاء هذه الديون ، وسرى أن كل شريك ملزم في هذه الحالة في ماله الخاص بقسمة حصته من الخسارة . (٢) لأداء المصروفات الضرورية لحفظ أموال الشركة (انظر الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٤٩٨) .

جميع سلطاته في الإدارة لوكيل عنه ، لأن الشركاء إنما عينوه هو مديراً . ولكن يجوز له أن يوكل عنه واحداً أو أكثر في بعض أعمال الشركة ، ويكون مسئولاً عن يوكله أمام الشركة (١) .

٢٠٧ - سلطات من يبررود الشركة إذا كانوا منفردين - نصوص

قانونية : تنص المادة ٥١٧ من القانون المدني على ما يأتي :

١ - إذا تعدد الشركاء المتدببون للإدارة دون أن يعين اختصاص كل منهم ، ودون أن ينص على عدم جواز انفراد أى منهم بالإدارة ، كان لكل منهم أن يقوم منفرداً بأى عمل من أعمال الإدارة ، على أن يكون لكل من باقى الشركاء المتدببين أن يعترض على العمل قبل تمامه ، وعلى أن يكون من حق أغلبية الشركاء المتدببين رفض هذا الاعتراض ، فإذا تسلى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعاً .

٢ - أما إذا اتفق على أن تكون قرارات الشركاء المتدببين بالإجماع

(١) بودى وقال ٢٣ فقرة ٣٠٧ - بلانيول وريير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٦ -

هويان وبوسفيه ١ فقرة ١٧٥ ص ٢١٧ رفقرة ٢٥٨ ص ٣٠٥ .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما فيما يتعلق بسلطات المدير ، إذا كان المقدم لم يحددهما تحديداً كافياً ، أو لم تحدد في الاتفاق اللاحق الذى تم به التمييز ، فإنه يجب منطقياً أن نصير الشركاء قد منحوا المدير السلطات اللازمة للوصول إلى الغرض المقصود وتحقيق غاية الشركة . ولذلك يقرر النص أنه يجوز للشريك ، بالرغم من معارضة سائر الشركاء ، أن يقوم بأعمال الإدارة . وبناء على ذلك يكون للمدير حقاً كل سلطات الإدارة التى يتطلبها نشاط الشركة . لكن ، كما تقرر المادة ٥٣٩/٤٣٦ من القانون الحالى (السابق) ، ليس للمديرين أن يفعلوا شيئاً مخالفاً للغرض المقصود من الشركة . على أنه كبدأ عام لا يستطيع المدير بدون رضاء الشركاء وطعم وجود شرط خاص في المقدم ، أن يعقد صلحاً أو تحكيمياً ، أو يتنازل عن ضمان أو رهن للشركة ، أو يبرئ مديناً من الدين ، أو يقبل دفع الرهن قبل الوفاء بالدين المضمون ، أو يقترض باسم الشركة ، أو يهرن عقاراتها ، أو يبيع فيما عدا حالات البيع الداخلة في غرض الشركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٨ - ص ٣٣٩) .

أو بالأغلبية ، فلا يجوز الخروج على ذلك ، إلا أن يكون لأمر عاجل ترتب على تفويت خسارة جسيمة لا تستطيع الشركة تعويضها .

وتنص المادة ٥١٨ على ما يأتي :

« إذا وجب أن يصدر قرار بالأغلبية ، تعين الأخذ بالأغلبية المتعدية ما لم يتفق على غير ذلك » (١).

(١) تاريخ النصوص :

م ٥١٧ : ورد هذا النص في المادة ٧٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين الملف الجديد . وفي لجنة المراجعة حور تحويراً لفظياً طفيفاً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الملف الجديد ، وصار رقمه ٥٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤١ - وص ٣٤٣ ص ٣٤٤) .

م ٥١٨ : ورد هذا النص في المادة ٧٠١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين الملف الجديد . وفي لجنة المراجعة حور تحويراً لفظياً طفيفاً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الملف الجديد ، وصار رقمه ٥٤٦ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥) . وتقابل هذه النصوص في التقنين الملف السابق : م ٥٣٦/٥٣٩ : ليس للمديرين ولو باتحاد آرائهم ، ولا للشركاء بأكثرية الآراء أيًا كانت تلك الأكثرية ، أن يفعلوا شيئاً مخالفاً لفرض المقصود من الشركة ، ولا أن يطلبوا مبالغ غير حصص رأس المال المتفق عليها في العقد ، ما لم يكن ذلك لمنع ديون على الشركة أو لأداء المصاريف اللازمة لحفظ أموالها . ومع ذلك لا يجوز ، ولو في الحالة الأخيرة ، طلب مبالغ من الشركاء في شركة التوصية أو من أصحاب السهام في شركة المساهمة . (والحكم الوارد في النص يتفق مع حكم التقنين الملف الجديد ، إذ لا يجوز عمل شيء مخالف لفرض المقصود من الشركة إلا بإجماع آراء الشركاء . لأن هذا العمل يدخل من مقد تأسيس الشركة ذاته . ولم يرد في النص كيف يدير المدبرون المتعدون الشركة ، ولكن ما ورد في نص التقنين الملف الجديد يتفق مع التواءة العامة) .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين الملف السوري م ٤٨٥ - ٤٨٦ (مطابق)

التقنين الملف الليبي م ٥٠٩ : ١ - إذا تمهد الشركاء المستبدون للإدارة ، فلا تم أعمال

الشركة إلا بموافقة جميع أولئك الشركاء ٢ - وإذا اشترط أن تكون إدارة أعمال معينة خاصة -

الموافقة الاكثريّة، تكون هذه الأغلبية خاضعة للفقرة الأخيرة من المادة السابقة (أغلبية المحصن في الأرباح) . ٣- وفي الحالات المنصوص عليها في هذه المادة لا يجوز للشركاء المستثمرين للإدارة أن يأتوا على عمل إنفراد إلا لضرورة الاستعجال أثناء حدوث ضرر للشركة .

٥١١ م : ١- تنظم أحكام الوكالة حقوق القائمين بالإدارة وواجباتهم . ٢- المستبدون مسئولون بالتضامن قبل الشركة لوفاء بالواجبات التي يفرضها عليهم القانون وعقد الشركة . ٣- ومع ذلك لا تشمل هذه المسئولية من يثبت غلوه من الخطأ .

٥٠٨ م / ٢ : وتفضل في الاعتراض أكثريّة الشركاء ، وتتكون على أساس نسبة حصصهم في الأرباح .

(وتختلف أحكام التفتين الليبي من أحكام التفتين المصري فيما يأتي : (١) الأصل في التفتين الليبي أن قرار الشركة بإجحاح المديرين . (٢) يوجد في التفتين الليبي نص صريح على تضامن المديرين إذا ثبت خطاؤهم . (٣) الأغلبية في التفتين الليبي هي أغلبية المحصن والأرباح لا الأغلبية العددية) .

التفتين الليبي العراقي م ٦٣٧ - ٦٣٨ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١١٦

وما بعدها) .

تفتين الموجبات والمقود البناني م ٨٨٦ : إذا كان لشركة عدة مديريين فلا يجوز لواحد منهم ، ما لم يكن ثمة نص مخالف ، أن يعمل بدون معاونة الآخرين إلا في الأحوال التي تستوجب الاستعجال والتي يكون التأجيل فيها مدعاة لضرر هام على الشركة . وإذا قام خلاف وجب إتباع رأي الغالبية ، وإذا انقسمت الأصوات قسمين متساويين فالغلبة للمعارضين . أما إذا كان الخلاف مقصوراً على الطريقة التي يجب اتباعها فيرجع في هذا الشأن إلى ما يقرره جميع الشركاء . وإذا كانت فروع الإدارة موزعة بين المديرين ، فلكل واحد منهم أن يقوم بالأعمال الداخلة في إدارة فروع ولا يحق له على الإطلاق أن يتجاوزها .

م ٨٨٧ : لا يجوز للمديرين وإن أجحوا رأياً ، ولا للشركاء وإن قررت غالبيتهم ، أن يقوموا بتغيير الأعمال التي تدخل في موضوع الشركة بحسب ما يهتأ به والعرف التجاري . ويجب إجحاح الشركاء : أولاً - للتفرغ بالأموال عن الملك المشترك أو عن أحد أعضائه . ثانياً - لتعديل عقد الشركة أو لحيد عن مقتضاه . ثالثاً - لقيام بأعمال خارجة عن موضوع الشركة . وكل نص يميز مقدماً للمديرين أو للغالبية اتخاذ قرارات من هذا النوع بدون استشارة الآخرين يكون لنوا . وفي هذه الحالة يحق ، حتى لشركاء الذين ليسو مديريين ، أن يشتركوا في المناقشات . وإذا قام خلاف ، وجب إتباع رأي المعارضين .

م ٨٨٢ : إذا نص في عقد الشركة على أن قراراتها تتخذ بالغالبية ، وجب أن يفهم من هذا النص ، عند قيام الشك ، أن المراد غالبية العدد . وإذا انقسمت الأصوات قسمين متساويين -

ويخلص من هذه النصوص أنه إذا تعدد من يدير الشركة - سواء كانوا شركاء أو أجنب بالرخم من أن النص مقصور على الشركاء ولكن يقاس عليهم المديرون الأجانب - فيجب أن ينص نظام الشركة على تحديد اختصاص كل من هؤلاء المديرين ، كأن يوكل لأحدهم بالمبيعات والآخر بالمشتريات وثالث بإدارة المال ونحو ذلك^(١) . وفي هذه الحالة يجب أن يلتزم كل مدير اختصاصه الذي حدده له نظام الشركة ، ولا يجاوزه إلى اختصاص غيره من المديرين الآخرين . وعلى كل من المديرين أن يقوم بواجبه داخل الحدود الموضوعة له ، وهو الذي له وحده الحق في أن يعمل في هذه الدائرة بدون أية معارضة من جانب بقية المديرين . وإذا عمل أحد المديرين خارج الحدود الموضوعة له ، كان تصرفه غير ساري على الشركة طبقاً للقواعد العامة^(٢) .

وإذا لم ينص نظام الشركة على تحديد اختصاص كل من المديرين ، ولم ينص في الوقت ذاته على أن تكون القرارات بإجماع المديرين أو بأغليتهم ، كان لكل واحد من المديرين حق إدارة الشركة منفرداً والقيام بجميع أعمال الإدارة وأعمال التصرف التي سبق بيانها في حالة ما إذا

= فالغلبة للفريق المعارض . وإذا اختلف الفريقان في شأن القرار الذي يراد اتخاذه فيرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما يتفق مع مصلحة الشركة العامة .

(ويرى من ذلك أن الأصل في التقنين البنائي في حالة تمدد المديرين أن تتخذ القرارات بأغلبية آرائهم) .

(١) وقد قست محكمة النقض بأن تفسير محكمة الموضوع لنص في عقد الشركة على أن يكون أحد الشركاء هو هيئة التقديرة بأنه لا يفيد أنه هو وحده يتفرد بجميع أعمال الإدارة دون باقي الشركاء ، بل هو تخصيص أحد أعمال الإدارة وإسناده إليه دون الأعمال الأخرى ، هو تفسير يستقيم منه التأدي إلى ما انتهى إليه (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٦ ص ١٧١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٢ .

كان من يدبر الشركة شخصاً واحداً^(١) . على أن لكل من المديرين الآخرين حق الاعتراض على هذه الأعمال قبل تمامها ، أما إذا تمت قبل الاعتراض فإنها تصبح نافذة ملزمة للشركة . فإذا اعترض أحد المديرين على عمل يقوم به مدير آخر قبل تمامه ، بقي الاعتراض قائماً يحول دون تمام العمل ، ولا يزول إلا إذا قررت أغلبية المديرين وفهم المعارض على عمله رفض الاعتراض . فإذا تقرر رفض الاعتراض على هذا الوجه ، زال وانقضى الطريق للمدير المعارض على عمله أن يتم هذا العمل . أما إذا تساوى جانب من يقر الاعتراض مع جانب من يرفضه ، أو كان المدير للشركة اثنين فقط أراد أحدهما القيام بعمل واعارض الآخر على ذلك ، فإنه يجب الرجوع في هذه الحالة إلى الشركاء جميعاً ، فإذا قررت أغلبية الشركاء رفض الاعتراض زال وأمكن المدير إتمام العمل المعارض عليه^(٢) . أما إذا قام المدير بالعمل بالرغم من معارضة مدير آخر ، ويكون أن يحصل على رفض الاعتراض من أغلبية المديرين أو من أغلبية الشركاء على الوجه المتقدم الذكر ، فإن عمله يكون باطلاً ولا ينفذ في حق الشركة ، هذا ما لم يكن الغير الذي يتعامل مع المدير حسن النية لا يعلم بالمعارضة ، ففي هذه الحالة ينفذ العمل في حق الشركة ويكون المدير مسئولاً أمامها عن تجاوز سلطته^(٣) .

أما إذا نص نظام الشركة على أن تتخذ القرارات بإجماع المديرين

(١) فإن كان للسبل من أعمال التصرف التي لا تدخل في أغراض الشركة ، أو كان يتضمن تمديداً في نظمها ، وجب إجماع كل الشركاء طبقاً للقواعد العامة (المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٢) .

(٢) أما إذا انقسم الشركاء إلى قسمين متساويين ، لم تكن تلك أغلبية لرفض الاعتراض ، فيبقى الاعتراض قائماً ولا يجوز إتمام العمل المعارض عليه .

(٣) انظر في كل ذلك المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية

أو بالأغلبية ، وجبت مراعاة ذلك^(١) . فلا يستطيع أحد المديرين أن يتفرد بالإدارة ، بل يجب عليه الحصول على موافقة جميع المديرين الآخرين ، أو موافقة الأغلبية ويدخل هو في حساب الأغلبية ، على حسب الأحوال^(٢) . ويستثنى من ذلك أن يكون هناك أمر عاجل ترتب على تفويته خسارة جسيمة لا تستطيع الشركة تعويضها ، فعند ذلك يستطيع أي مدير أن يتفرد بالقيام بهذا الأمر العاجل ، ويعتبر في هذه الحالة فضولياً يلزم عمله الشركة^(٣) .

وحيث يجب صدور قرار بالأغلبية في جميع الأحوال المتقدم ذكرها وفي غيرها من الحالات الأخرى ، كأن يصدر قرار أغلبية المديرين برفض اعتراض مدير على عمل مدير آخر ، أو يصدر قرار أغلبية الشركاء برفض هذا الاعتراض ، أو يصدر قرار أغلبية المديرين بعمل من أعمال الإدارة حيث ينص النظام على وجوب اتخاذ القرارات بالأغلبية ، فإن الأغلبية المعتبرة هي الأغلبية العددية للمديرين أو للشركاء ، لا أغلبية الحصص ، وذلك ما لم يتفق الشركاء على أن تكون الأغلبية للحصص أو للمصالح

(١) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض • رقم ١٣٠ ص ٨٦٣ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الوارد في عقد الشركة المكتوب بعدم انفراد مديرها بالعمل لا يجوز تعديله إلا بالكتابة ، ولا يعمل على إعدام هذا المدير بأنه قد انفرد بالعمل بل لأن شقوى من أحد شركائه المتضامنين (نقض مدني • أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٦ ص ٤٩٦) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « على أنه يحسن - كما فعل تقيين طنجة (م ٨٧١) والمشروع الفرنسي الإبطال (م ٥٥٠) - الخروج على هذا الحكم الذي يتطلب الإجماع أو موافقة الأغلبية ، بشرط أن توجد ضرورة عاجلة ، وفي الوقت نفسه حاجة ملحة ، إلى تفادي خسارة جسيمة تهدد الشركة ولا يمكن علاجها . فإذا اجتمع هذان الشرطان ، جاز لمدير واحد استثناء أن يعمل بدون حاجة لرضا بقية المديرين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٢ - ص ٣٤٣) .

المختطفة لا للرؤوس^(١) . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٥١٨ مدني ،
وقد تقدم ذكرها^(٢) .

٢٠٨ - حقوق الشركاء غير المديرين - نص قانوني : تنص المادة

٥١٩ من التتئين المدني على ما يأتي :

« الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ، ولكن يجوز لهم أن
يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير ذلك
باطل »^(٣) ،

(١) وقد يكون هناك أكثر من رأيين في مسألة واحدة ، فيرى بعض أن القرار يجب
أن يكون بالأغلبية المطلقة ، ويرى بعض آخر أن الأغلبية النسبية تكفي ، ويرى فريق ثالث.
الاتجاه إلى القضاء لتغليب رأى على رأى ، ويرى فريق رابع وجوب انضمام الجانب الأقل
إلى أحد الجانبين الأكثر عدداً (انظر جيوار فقرة ١٤٦ - ويفرجيه فقرة ٢٨٩ - بودي
وقال ٢٢ فقرة ٣٢٠ - الأستاذ محمود كامل مرسى فقرة ٥٠٣) . ويبدو لنا أن الأغلبية
المطلوبة في حالة الانقسام إلى أكثر من رأيين هي الأغلبية المطلقة وبمدد الرؤوس .

(٢) وتقول المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « لا تعرض التتئينات.
اللاتينية أو التتئينات المقتبسة منها لتحديد ما هو المقصود بالأغلبية ، هل يجب عند حسابها
مراعاة المصالح المختطفة أو مقدار الحصص أو عدد الشركاء ؟ وقد استمد المشروع هذا النص من
من المادة ٥٥٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، وهو يقرر مبدأ العام المعمول به في مداولات
الشركة : إذا وجب صدور قرار بالأغلبية ، تعين حساب الأغلبية بالرؤوس . على أن هذا
المبدأ يعمل به ما لم يتفق على غيره ، فيجوز الخروج عنه باتفاق خاص ، كأن يتفق على حساب
الأغلبية تباً لمصالح المختطفة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٤) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه
حاليق لما استقر عليه في التتئين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٧ في المشروع
النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية
٤ ص ٣٤٦ - ص ٣٤٧) .

ويقابل النص في التتئين المدني السابق م ٢٧/٤٤٠ : الشركاء الذين ليسو مديرين للشركة
الحق في طلب معرفة إدارة أعمال الشركة .

ويخلص من هذا النص أنه إذا عين للشركة من يديرها ولو كان المدير أجنبياً ، فليس لشريك لم يكن من بين المديرين للشركة أن يتدخل في أعمال الإدارة ، ولا أن يشترك في هذه الأعمال^(١) ، ولا أن يعترض على أعمال المديرين إلا في الحدود التي يرجع فيها إلى الشركاء على النحو الذي تقدم بيانه . ولكن يجوز له أن يعترض على أعمال الإدارة التي تجاوز

١ - ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٨٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥١٢ : ١ - لشركاء غير المستدين للإدارة حق الحصول من المديرين على معلومات عن سير أعمال الشركة ، وفهم حق الاطلاع على مستنداتها الخاصة بالإدارة وعلى البيان الحساب إذا أنجزت الأعمال التي تشكلت الشركة على أساسها . وكل اتفاق على غير ذلك باطل . ٢ - وإذا زادت مدة القيام بأعمال الشركة عن سنة ، فلشركاء الحق في الحصول على بيان عن الإدارة في نهاية كل سنة إذا لم ينص العقد على أجل آخر . (وأحكام التقنين الليبي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٦٣٩ (مطابق) .

تقنين المرجبات والمقود اللبناني م ٨٨٨ : لا يجوز لشركاء غير المديرين أن يشتركوا في شيء من أعمال الإدارة ، ولا أن يعترضوا على الأعمال التي يقوم بها المديرون المدينون بمقتضى العقد ، إلا إذا كانت تتجاوز حدود الأعمال التي هي موضوع الشركة أو كانت تخالف العقد أو القانون مخالفه صريحة .

م ٨٨٩ : يحق لشركاء غير المديرين أن يطلبوا في كل آن حساباً عن إدارة أعمال الشركة وعن حالة الملك المشترك ، وأن يطلبوا على دفاتر الشركة وأوراقها وأن يمسحوا فيها . وكل نص مخالف يهد لغيره . وهذا الحق شخصي لا يجوز أن يقوم به وكيل أو ممثل آخر ، إلا عند وجود فائض الأهلية فهو لا يصح أن ينوب عنهم وكلائهم الشرعيون ، أو عند وجود مانع مقبول مثبت بحسب الأصول .

م ٨٩٠ : من لا يكون إلا شريك محاصة لا يحق له أن يطلع على دفاتر الشركة وأوراقها إلا لسبب هام ويأذن القاضي . (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) جوار فترة ١٣٩ وفترة ٢٦٥ - برودي وقال ٢٣ فترة ٣١٢ - فترة ٣١٣ .

أغراض الشركة أو تخالف نظامها أو تعارض القانون^(١) ، وله أن يرجع في ذلك إلى سائر الشركاء ، بل له أن يلجأ إلى القضاء .

على أن الشريك غير المدير من حقه أن يطلب من المديرين حساباً عن إدارة أعمال الشركة من آن إلى آخر ، أو في أوقات دورية ، أو في الوقت الذي ينص عليه نظام الشركة . وله ، في سبيل الاستيثاق من حسن الإدارة ، أن يطلع بنفسه على دفاتر الشركة ومستنداتها وأوراقها وكل ما يتعلق بأعمالها^(٢) . وهذا الحق شخصي له ، فلا يجوز أن ينيب عنه فيه وكيلاً حتى لا يتدخل أجنبي في أعمال الشركة ويطلع على أسرارها ، وهذا ما لم يكن الشريك قاصراً فينبوب عنه وليه^(٣) . وحق الشريك غير المدير في الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها من النظام انعام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه^(٤)

(١) انظر م ٨٨٨ من تقنين الموجبات والمقود البتاني آنفاً في نفس الفقرة في الهامش .

(٢) استئناف مخطط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٨٠ .

(٣) انظر م ٨٨٩ من تقنين الموجبات والمقود البتاني آنفاً في نفس الفقرة في الهامش .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يقرر هذا النص

المحكم الوارد بالمادة ٥٣٧/٤٤٠ من التقنين الحالي (السابق) مكملاً بنص المادة ٥٥٤ فقرة أولى

من التقنين البولوني والمادة ٥٥٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وهو تنص على حرمان الشركاء

غير المديرين من التدخل في الإدارة ، وإلا لما كانت هناك أية فائدة من تعيين مدير للشركة .

على أن هؤلاء الشركاء حق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وهو حق أساسي لهم ، ولذلك

يقرر النص عدم جواز الاتفاق على خلاف ذلك . والنص الوارد في المشروع : « أن يطلعوا

يأنقسم على دفاتر الشركة ومستنداتها » أفضل من نص المادة ٥٣٧/٤٤٠ مصرى (قديم) :

« الحق في طلب معرفة إدارة أعمال الشركة » ، لأن الشركاء بمقتضى القواعد العامة الحق في أن

يطلعوا من المديرين تأدية حساب عن وكالتهم ، والتي يحتمل تعديده هو أن تقرر لكل الشركاء

حق الاطلاع بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها لأهمية ذلك من حيث مراقبة استغلال أموال

الشركة وحائثها المالية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٦) .

المبحث الثاني

عدم تعيين من يدير الشركة

٢٠٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٢٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا لم يوجد نص خاص على طريقة الإدارة ، اعتبر كل شريك مفوضاً من الآخرين في إدارة الشركة وكان له أن يباشر أعمال الشركة دون رجوع إلى غيره من الشركاء ، على أن يكون لهؤلاء أو لأي منهم حق الاعتراض على أي عمل قبل تمامه ، ولأغلبية الشركاء الحق في رفض هذا الاعتراض »^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٣٨/٥٣٥^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٨٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٠٧ - ٥٠٨ - وفي التقنين المدني

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٠٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ولكن كان المشروع التمهيدي يتضمن فقرة ثالثة هذا نصها : « ومع ذلك لا يجوز لأي من الشركاء أن يدخل أي تغيير فيما للشركة من أشياء دون موافقة سائر الشركاء ، حتى لو ذهب إلى أن هذا التغيير صالح الشركة » . وفي لجنة المراجعة حطفت هذه الفقرة « لأنها تفصيلية » ، وأصبح رقم المادة ٥٤٨ في المشروع النهائي . ووافق على النص مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٨ وص ٣٥٠) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٣٨/٥٣٥ : إذا لم يمين الشركة مديرون ، اعتبر كل واحد من الشركاء مأذوناً من شريكه بالإدارة ، وله إدارة العمل وحده ، وإنما يعمل في حالة اعتلاف الشركاء بما يفتق عليه أكثرهم . (وهذا الحكم يفتق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

العراق م ٦٤٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود البناني م ٨٧٦ - ٨٨١^(١).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٥٠٨ : ١ - لكل شريك الحق في الانفراد بإدارة الشركة إلا إذا اشترط خلاف ذلك . ٢ - وإذا حقت إدارة الشركة على أفراد أكثر من شريك ، فلكل شريك قائم بالإدارة الحق في الاعتراض على ما يمتزج الشريك الآخر القيام به من عمل قبل إنجازه . ٣ - وتفصل في الاعتراض أكثرية الشركاء ، وتتكون على أساس نسبة في الأرباح . م ٥٠٧ : لا يجوز للشريك أن يستعمل شيئاً من أموال الشركة في أغراض غريبة عن أهدافها دون موافقة الأعضاء الآخرين .

(وأحكام التقنين الليبي متفقة مع أحكام التقنين المصري ، إلا أن الأكثرية في التقنين الليبي تحسب على أساس نسبة الحصص في الأرباح ، وفي التقنين المصري تحسب على أساس عدد الرؤوس) .

التقنين المدني العراقي م ٦٤٠ (مطابق للشروط التمهيدية لبادة ٥٢٠ من التقنين المدني المصري ، وتتفق مع حكم التقنين المدني المصري - انظر الأستاذ حسن الفنون فقرة ١٢٠ وما بعدها) .
تقنين الموجبات والعقود البناني م ٨٧٦ : حق إدارة أفعال الشركة هو بلمحج الشركة .
م ٨٧٧ : فلا يحق لأحد منهم أن يستعمل منفرداً إذا لم يرخص له بقية الشركاء .

م ٨٧٧ : إن الحق في إدارة الشركة يشل حق تمثيلها تجاه الغير إذا لم ينص على العكس .
م ٨٧٨ : عندما ينفق الشراء على إعطاء كل منهم وكالة بإدارة شؤون الشركة ، ويوضحون أن كل شريك يمكنه أن يعمل من غير أن يشاور الآخرين ، تسمى شركتهم عندئذ شركة تفويض أو تفويض عام .

م ٨٧٩ : في شركة التفويض العام يجوز لكل شريك أن يقوم منفرداً بجميع أعمال الإدارة التي تدخل في موضوع الشركة حتى أعمال التصرف . ويجوز له على الخصوص : أولاً - أن يقصد لحساب الشركة خاصة مع الغير يكون المراد منها عملاً أو جولة أعمال إدارية . ثانياً - أن يقدم مالا لشخص ثالث لقيام بمشروع لحساب الشركة - ثالثاً - أن يمين عمالاً ومعتوبين . رابعاً - أن يوكل ويوزل الوكلاء . خامساً - أن يقبض مالا وأن يفسخ المقاولات وأن يبيع قطعاً أو ديناً أو أبل أو عمل التسليم - الأشياء الداخلة في موضوع الشركة ، وأن يترف بالديون ويربط الشركة بموجبات على قدر ما تقتضيه حاجيات الإدارة ، ويقصد للرجع أو غيره من وجوه التأمين على القدر نفسه ، وأن يقبل مثل هذا الرجوع أو التأمين ، وأن يصدر أو يظهر مستندات للأمر أو سفاح ، وأن يقبل رد المبيع من أجل عيب موجب لرد حيناً يكون الشريك الذي =

٢١٠ - لكل شريك من مؤسسي الشركة : إذا لم يعين من

يلعب الشركة (١) ، فالمفروض أن الشركاء قد جعلوا حق الإدارة لكل واحد منهم . فلكل أن يفرد بالتصديق بأعمال الإدارة وأعمال التصرفات الداخلة

عنده غالباً وأن يمثل الشركة في المعاملات مع الغير كالتصديق عليها ، وأن يصدق الصلح بشرط أن يكون مفيداً - ذلك كله ما لم يكن هناك علاج لوجود خاصة موضوعة في عقد الشركة .

٨٨٠ م : إن الشريك في شركة التضامن العام لا يجوز له بدون ترخيص خاص معين في عقد الشركة أو في عقد لاحق : أولاً - أن يفرغ بلا يذل ، وتستثنى الهدايا والمكافآت الممتازة . ثانياً - أن يكفل الغير . ثالثاً - أن يقرض بدينه - رابعاً - أن يجري التصحيح . خامساً - أن يتنازل عن المؤس أو المثل المتباين لورن شهادة الاختراع التي عقدت عليها الشركة . سادساً - أن يبدل عن ضمانات ، ما لم يكن المثل مقابل يذل .

٨٨١ م : إذا كان عقد الشركة يوضح أن جميع الشركاء يحق لهم تولي الإدارة ولكن لا يجوز لأحدهم أن يعمل مفرداً من الآخرين ، فالشركة توصف حينئذ بالحدودة أو بملات الوكالة المحدودة . وإذا لم يكن نص أو عرف خاص ، فكل شريك في الشركة المحدودة يجوز له أن يقوم بالأعمال الإدارية بشرط الحصول على موافقة شركائه ، ما لم يكن هناك أمر يستوجب التصديق وينفي إغفاله إلى الإضرار بالشركة .

٨٩٣ م : إذا لم يقرر شيء فيما يخص إدارة أعمال الشركة ، عدت شركة محدودة ، وكانت علاقات الشركاء من هذا الوجه خاصة بأحكام المادة ٨٨١ .

(والأصل في التفتين البناني أن يشترك جميع الشركاء في الإدارة فتتخذ القرارات بالإجماع ، إلا إذا نص على اتخاذ القرارات بالأغلبية ، أو اتفق الشركاء على إعطاء كل منهم وكالة بإدارة شؤون الشركة في شركة التضامن العام . أما الأصل في التفتين المصري فهو أن يفرد كل شريك بالإدارة ، على أنه يكون لكل شريك آخر حق الاعتراض والأغلبية الشركاء الحق في رفض الاعتراض) .

(١) وقد قست محكمة النقض بأن تفسير محكمة الموضوع لنص عقد الشركة على أن الشركاء جميعاً متضامنون في العمل ، بأنه من شأنه أن يجعل كل واحد من الشركاء مأذوناً من شركائه بالإدارة وله إدارة العمل وحده وفقاً لنص المادة ٢٣٨ من القانون المدني (القديم) ، فيصبح كل منهم مسئولاً عن حسن سير الشركة ، ويحظر على أحد منهم أن يباشر عملاً يتعمد منه إضرار بمصالحها عملاً ينص المادة ٢٣٩ من القانون المدني (القديم) هو تفسير سابق (نقض) حنفى ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام للنقض ٢ دقم ٨٦ ص ٤٧١) .

في أغراض الشركة^(١) ، وتكون هذه الأعمال نافذة في حق الشركة وفي حق الشركاء جميعاً ما دامت غير مخالفة لنظام الشركة ولا للقانون . أما أعمال التصرف التي لا تدخل في نطاق أغراض الشركة فهي محرومة على أى شريك ، ولا يد فيها من إجماع الشركاء . كذلك لا يجوز لأى شريك أن يدخل أى تغيير أو تجديد فيما للشركة من أشياء دون موافقة جميع الشركاء ، حتى لو رأى أن أعمال التغيير أو التجديد هذه مفيدة للشركة ، إلا أن تكون هذه التغييرات داخلة في أغراض الشركة أو كانت من قبيل أعمال الإدارة الحسنة المقصود بها تسهيل انتفاع الشركة بأموالها^(٢) .

٢١١- هي موافق : على أنه إذا أراد الشريك أن يقوم بعمل من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف الداخلة في أغراض الشركة ، واعترض على العمل قبل إتمامه شريك آخر ، وجب وقف العمل وعرض الأمر على جميع الشركاء . ويبقى الاعتراض قائماً ، والعمل المعتبر عليه موقوفاً ، حتى ترفض أغلبية الشركاء - الأغلبية العددية إلا إذا وجد في نظام الشركة ما يخالف ذلك - هذا الاعتراض . فإذا رفضته الأغلبية ، أمكن الشريك القيام بالعمل المعتبر عليه^(٣) . وإذا لم توجد أغلبية من الشركاء ترفض العمل - حتى لو تساوى الجانبان - بقى الاعتراض قائماً

(١) استئناف وطني ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٨٦ - استئناف مصر ٢٢ يونيو سنة ١٩٤١ الحامدة ١٢ رقم ٢/٢٢٢ ص ٤٤٦ - محكمة مصر الكلية ١٦ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١١ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٩ - ص ٣٥٠ - قلارن بودوى وقال ٢٢ فقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٢٣ .

(٣) ولا يجوز الرجوع على الشريك الذي اعترض بتعويض بعد رفض أغلبية الشركاء المعارضة ، إلا إذا كانت المعارضة من غش أو من تقصير (جيوارا فقرة ١٢٧ - بودوى وقال ٢٢ فقرة ٢٢٣ - لويزي دودو وإلسان ٦ فقرة ٣٨٢ ص ٥٢ - بلانجيل ورييبر وليبارنفير ١١ ص ٣٠٥ هانشر رقم ٤) ، إذ على الشريك أن يبذل العناية الواجبة في تدبير مصالح الشركة (م ٢/٥٢١ ملق) .

ولم يميز القيام بالعمل . فإذا قام الشريك بالعمل المتعرض عليه قبل زوال الاعتراض ، بأن لم يعرض الأمر على الشركاء ، أو عرضه ولم يرفض الاعتراض أغلبية منهم ، فإن العمل يكون باطلاً في حق من تعامل معه الشريك إذا كان سئ النية أى يعلم بالمعارضة القائمة ويعلم زوالها^(١)

الفرع الثاني

أثر الشركة بالنسبة إلى الشركاء

٢١٢ - مسائل مهمو^٢ : إذا قامت الشركة ، كان لكل شريك واجبات نحوها ، وحقوق عليها . وكان لدائتي الشركة وللدائتين الشخصيين للشركاء حقوق معينة في مال الشركة وفي الأموال الشخصية للشركاء . فتمتدنا إذن مسائل ثلاث : (١) واجبات الشريك (٢) حقوق الشريك (٣) حقوق دائتي الشركة والدائتين الشخصيين للشركاء .

المبحث الأول

واجبات الشريك

٢١٣ - بزل العناية في تحرير مصالح الشركة - نص قانوني :

تنص المادة ٥٢١ من القانون المدني على ما يأتي :

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع النهائي في هذا المصد : « على أنه يجوز لكل شريك أن يعترض على العمل قبل إتمامه ، ولأغلبية الشركاء حق رفض هذه المعارضة . . وأخيراً يترتب على المعارضة . . أن التصرف الذي يتم رغم المعارضة ويكون موافقة الأغلبية . . يكون باطلاً بالنسبة للشركة ، وأيضاً بالنسبة للشريك سئ النية الذي يعلم بالمعارضة القائمة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٩) . انظر لوبري ، دور وإسهان ٦ فقرة ٢٨٢ ص ٩١ - ص ٥٣ . بلانويول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٨ - غورنييه فقرة ٦٩ وانظر في أن نظام الشركة ينص في العادة بالتفصيل على طريق إدارتها ، ويتبع في ذلك قواعد عملية تتفق مع حالة الشركة بحسب ما إذا كانت قليلة الشركاء أو كثيرتهم غورنييه فقرة ٧٠ - فقرة ٧٢ .

- ١٥- على الشريك أن يمتنع عن أى نشاط يلحق الضرر بالشركة ، أو يكون مخالفاً للغرض الذى أنشئت لتحقيقه .
- ٢٥- وعليه أن ينزل من العناية فى تدبير مصالح الشركة ما ينلّه فى تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان متتلباً للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه ينفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن عبارة « إلا إذا كان متتلباً للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد » ، الواردة فى آخر الفقرة الثانية لم تكن موجودة فى المشروع التمهيدى . وفى لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٤٤٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية) ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٢٨/٤٢١ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على كل واحد من الشركاء أن يلاحظ منافع الشركة ، ويسعى بتدبير مصالحها كصالح نفسه . » (وحكم التقنين السابق متفق مع حكم التقنين الجديد ، فيما عدا أن التقنين الجديد تشدد فى العناية المطلوبة من المدير إذا كان بأجر) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٨٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤١ (مطابق) - انظر الأستاذ حسن الزنون فقرة ١٢٤

وما يبعدها) .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ٨٦٥ : لا يجوز للشريك ، بدون موافقة شركائه أن يقوم لحسابه أو لحساب الغير بأعمال شبيهة بأعمال الشركة إذا كانت هذه المنافسة تقصر بمصالح الشركة . وعند المخالفة يحق للشركاء الاختيار بين أن يطالبوه ببدل السطى والضرر ، أو أن يصفخوا لحسابهم الأعمال التى ارتبط بها ويطلبوا قبض الأرباح التى جناها ، هذا كله مع الاحتفاظ بحق العمل على إخراجهم من الشركة ، وإذا مضت ثلاثة أشهر ولم يختاروا أحد الأوجه المذكورة ، فقدوا حق الاختيار ولم يبق لهم سوى حق الحصول على بدل السطى والضرر عند الانقضاء .

م ٨٦٦ : لا يطبق حكم المادة السابقة إذا كان للشريك قبل انضمامه فى الشركة مصلحة =

ومن أول واجبات الشريك ، كما رأينا ، أن يساهم في الخسارة على النحو الذى سبق أن بيناه . وهانحن أمام واجب آخر يملية النص المتقدم ، هو بذل قدر معين من العناية في تدبير مصالح الشركة .

والعناية المطلوبة من الشريك في تدبير مصالح الشركة هي العناية التى يولها في تدبير مصالحه الخاصة ، فلا ينزل عن هذا القدر من العناية حتى لو زاد على عناية الرجل المعتاد . فإذا كان الشريك معروفاً بالحرص والإتقان بحيث تريد عنايته بمصالحه الشخصية على عناية الرجل المعتاد ، وجب عليه أن يبذل هذا القدر من العناية إذا تولى مصالح الشركة ، فزيد في عنايته على عناية الرجل المعتاد . وإذا كانت عنايته بمصالحه هي عناية الرجل المعتاد ، وجبت عليه هذه العناية في تدبير مصالح الشركة . أما إذا كانت عنايته بمصالحه تنزل عن عناية الرجل المعتاد ، لم يجب عليه إلا هذا القدر من العناية في تدبير مصالح الشركة ، فينزل في تدبيرها عن عناية الرجل المعتاد . وهنا كله إذا تولى تدبير مصلحة من مصالح الشركة ، يستوى في ذلك ألا يكون متدبلاً لإدارة الشركة أو يكون متدبلاً لإدارتها ولكن بغير أجر . أما إذا كان متدبلاً للإدارة بأجر ، وجب عليه أن يبذل في تدبير مصالح الشركة العناية التى يبذلها في تدبير مصالحه الشخصية ، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد . فيبذل العناية التى يبذلها

في مشاريع مضارة لها ، أو كان يقوم بأعمال مشابهة لأعمالها على علم من شركائه، ولم يشترط عليه تركها ، ولا يجوز للشريك الموصى إليه أن يلجأ للمحاكم لإجبار شركائه على موافقته .

٨٦٧ م : كل شريك يلزمه أن يظهر من العناية والاجتهاد في القيام بواجباته لشركة ما يظهره في إتمام أموره الخاصة . وكل تقصير من هذا القبيل يندخل خطأ يأل عنه لدى بقية الشركاء ، كما يأل من عدم القيام بالواجبات الناشئة عن عقد الشركة وعن سوء استعماله السلطة الممنوحة له . ولا يكون مسئولاً عن القوة القاهرة إذا لم تنجم عن خطأ منه . (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين المصرى يتشدد في مسئولية الشريك إذا كان مديراً بأجر) .

في مصالحه الشخصية إذا كانت هذه العناية تزيد أو تعادل عناية الرجل المعتاد ، ويبدل عناية الرجل المعتاد إذا كانت عنايته في تدبير مصالحه الشخصية تنزل عن هذا القدر من العناية .

ويعمل من ذلك أن العناية المطلوبة من الشريك في تدبير مصالح الشركة تزيد على العناية المطلوبة من الوكيل العادي في إدارة شؤون موكله . فقد نصت المادة ٧٠٤ مدني في شأن الوكيل على أنه « ١ - إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . ٢ - فإن كانت بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد » . فالوكيل ، سواء كان بأجر أو بغير أجر ، لا تطلب منه عناية تزيد على عناية الرجل المعتاد ، أما الشريك فقد تطلب منه عناية تزيد على عناية الرجل المعتاد إذا كانت عنايته بمصالحه الشخصية تزيد على هذا القدر .

ويرتب النص على ما يتطلب أن يبذله الشريك من العناية في تدبير مصالح الشركة أن يتمتع الشريك « عن أى نشاط يلحق الضرر بالشركة أو يكون مخالفاً للغرض الذي أنشئت لتحقيقه » . ذلك أن الشريك إذا بذل نشاطاً يلحق الضرر بالشركة أو يكون مخالفاً لأغراضها ، لا يكون قد بذل في تدبير مصالح الشركة العناية التي يبذلها في تدبير مصالحه الشخصية ، فيكون مقصراً ، وتترتب على هذا التقصير مسؤوليته نحو الشركة والشركاء . مثل ذلك الشريك الذي يحق له الاعتراض على عمل يريد من يتولى إدارة الشركة القيام به ، على التفصيل الذي قدمناه ، فهذا الشريك إذا كان له حق الاعتراض على العمل قبل إتمامه ، فإنه يجب أن يكون لهذا الاعتراض مبرر . فإذا أقدم الشريك على الاعتراض عن سوء نية أو عن تسرع ينطوي على التقصير ، فأوقف بذلك تنفيذ

عمل من أعمال الإدارة يفيد الشركة فائدة ظاهرة ، فلو كان مسئولاً عن دعونه وتقصيره إذ نزل في هذا الاعتراض عن قدر العناية المطلوبة منه ، وذلك حتى لو رفضت الأغلبية هذا الاعتراض فأمكن إتمام العمل ، ما دام قد ثبت أن ضرراً قد لحق الشركة من جراء التأخر في إتمامه^(١) . ومثل ذلك أيضاً أن يقوم الشريك بعمل من الأعمال الداخلة في أغراض الشركة قاصداً بذلك منافستها ، فهذا النشاط الصادر من الشريك من شأنه أن يلحق الضرر بالشركة ، ويكون الشريك مسئولاً عن تعويض الضرر الذي أصاب الشركة من جراء هذا العمل . وقد حددت القوانين الموجبات والعقود البنائية هذه المسئولية في نص تشريعي ، إذ تقول المادة ٨٦٥ من هذا القانون : « لا يجوز للشريك ، بدون موافقة شركائه ، أن يقوم لحسابه أو لحساب الغير بأعمال شبيهة بأعمال الشركة ، إذا كانت هذه المنافسة تضر بمصالح الشركة . وعند المخالفة يحق للشركاء الاختيار بين أن يطالبوه ببطل العطل والضرر ، أو أن يتخذوا لحسابهم الأعمال التي ارتبط بها ويطلبوا قبض الأرباح التي جناها ، هذا كله مع الاحتفاظ بحق العمل على إخراجهم من الشركة . وإذا مضت ثلاثة أشهر ولم يختاروا أحد الأوجه المذكورة ، فقدوا حق الاختيار ولم يبق لهم سوى حق الحصول على بدل العطل والضرر عند الانقضاء »^(٢) . وهذا النص — فيما عدا المواعيد التي

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٨٤ في الملمس . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدر الفقرة الأولى من المادة ٥٢١ مدني : « تطابق للفقرة الأولى المادة ٥٢٦ من القانون السويسري والمادة ٥٦٢ من القانون البولوني والمادة ٥٤٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، وهي تقرر التزاماً على الشريك بعدم إلحاق ضرر بالشركة ، وهو التزام ناتج عن طبيعة عقد الشركة ، لأن مساهمة الشركاء في العمل المشترك تقتضي من الشريك الانتعاش عن كل عمل يضر بالشركة بطريق مباشر أو غير مباشر ، سواء أكان ذلك لحسابه أم لحساب الغير . كما لا يجوز للشركاء الاعتراض على أية عملية مفيدة للشركة ، لأن مصلحتهم تتأثر بذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٢) » .

(٢) انظر آنفاً نفس الفقرة في الملمس .

حدهما للاختيار - ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن تطبيقه في مصر . ومن ثم يجوز للشركة أن ترجع على الشريك الذى قام بعمل منافس بالتعويض عن الضرر الذى أصابها من هذه المنافسة ، وقد تقتصر على مطالبة بالأرباح التى جناها من العمل الذى قام به ، ولكل من الشركاء فوق ذلك أن يطلب من القضاء لإخراج الشريك الذى أدخل بواجبه من الشركة تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٥٣١ مدنى وسيأتى بيانه . على أنه إذا ثبت أن الشريك قبل دخوله الشركة كان يشتغل بعمل يدخل فى الأعمال التى تقوم بها الشركة على علم من شركائه ، ولم يطلبوا إليه أن يترك هذا العمل عند دخوله فى الشركة ، فإن استمراره فى هذا العمل لا يربط مسئولية فى ذمته ، لأن الشركاء يعلم طلبهم إليه أن يترك العمل يكونون قد وافقوا ضمناً عليه^(١) .

ومما يترتب على العناية المطلوبة من الشريك بنها فى تدبير مصالح الشركة أن الشريك إذا كان متدبياً لإدارة الشركة ، وجب عليه أن يبذل من العناية فى إدارة شؤنها القدر الذى يبذله فى إدارة مصالحه الشخصية ، فإن كان بأجر وجب ألا ينزل فى هذه العناية عن عناية الرجل المعتاد ، كما سبق القول . فإذا أتى الشريك المنتخب للإدارة عملاً مخالفاً لنظام الشركة أو مخالفاً للقانون ، أو قصر فى إدارته للشركة بحيث نزل عن مقدار العناية المطلوبة منه^(٢) ، كان مسئولاً عن التعويض ، وجاز طلب إخراجه من

(١) انظر م ٨٦٦ من تقنين المراجعات والقواعد البنائية آنفاً فى نفس الفقرة فى الهامش . وانظر بودرى وقال ٢٣ فقرة ٢٠٥ .

(٢) كان قصر ظم يعقد صفقة مفيدة للشركة ، أو ترك مالا للشركة يتلف دون أن يصلحه ، أو أعمل فى رقابة مستخدم ، الشركة فلو تكبرا أحمالا تقصر بها (بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٩٧) . ويعتبر الشريك مسئولاً إذا هو ضاع مصلحة الشركة من أجل مصلحته الشخصية ، كما إذا امتنع عن عقد صفقة نافعة للشركة بحجة أن هذه الصفقة تعود عليه شخصياً بالضرر (بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٩٩ ص ١٢٣ - ص ١٢٤) ، أو عقد صفقة لنفسه كان يحبه أن يعقدها لحساب الشركة (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٢٠٢ مكررة) .

الشركة تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٥٣٩ مدني التي سيأتي ذكرها .
لما إذا أصاب الشركة ضرر بسبب أجنبي لا بد له فيه ، لم يكن مسؤولاً
عنه لأنه لم يرتكب خطأ ترتب عليه مسؤوليته^(١) .

٢١٤ - تقرير الشريك مماليا عن المبالغ التي في ذمته الشركة مع

المضامير - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٢٢ من التقنين
المدني على ما يأتي :

« إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائد
هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية
أو إعلان ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكليفي.
عند الاقتضاء »^(٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد الفقرة الثانية من المادة
٥٢١ مدني : « أما الفقرة الثانية فهي تقابل نص المادة ٥٢١/٤٢٨ من التقنين الحال (السابق) »
وهي تحدد درجة العناية التي يجب أن يبذلها كل شريك في التزاماته قبل الشركة : عليه أن يبذل
من العناية ما يبذله في مصالحه الخاصة ، فإذا أغل بالتزامه هذا وترتب على ذلك ضرر للشركة ،
كان لما أن تطالبه بالتعويض . هل أنه مادام أساس المسؤولية هو الخطأ ، فالشريك لا يتحمل
مسؤولية ما في حالة القوة القاهرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٧٠٥ من المشروع
التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة
تحت رقم ١/٥٥٠ في المشروع التأملي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٢
١/ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥٢٠/٤٢٧ : الشريك ملزم حتى بفوائد المبالغ
المطلوبة لشركة منه خاصة . . . (وهذا الحكم متفق مع حكم التقنين المدني الجديد ، وإن كان
لم يمرض التعويض التكميلي) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٤٩٠ (مطابق) .

والشريك ، سواء كان متديباً للإدارة أو غير متديب ، يجب أن يقدم حساباً للشركة عن جميع ما يقوم به من عمل لحسابها . وهو في هذا الصدد كالوكيل ، يجب عليه أن يوافي موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حساباً عنها (م ٧٠٥ مدني)^(١) .

وهو في الأعمال التي يقوم بها لحساب الشركة قد يصل إلى يده مال لها ، فيجب أن يؤدي حساباً عن هذا المال وأن يدفعه فوراً للشركة . فإذا أدار شؤون الشركة ، قد يقبض مبالغ لحسابها ، كان يبيع مالا

التقنين المدني الليبي م ١/٥١٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/٦٤٢ (مطابق - انظر الأستاذ حسن الفنون ص ١٢٦) .

تقنين الموجبات والمقود اللبناني م ٨٦٨ : كل شريك يلزمه ، على الشروط التي يلزم بها الوكيل ، أن يقدم حساباً عن : أولاً : كل المبالغ والمقتضات التي يأخذها من رأس مال الشركة لأجل الأعمال المشتركة . ثانياً - كل ما استلمه على الحساب المشترك أو من طريق الأعمال التي تكون موضوع الشركة . ثالثاً - وبالإجمال عن كل عمل يقوم به لحساب الشركة . وكل نص على إضفاء أحد الشركاء من واجب تقديم الحساب يكون لافياً .

م ٨٧٠ : كل شريك يستعمل دون ترخيص من بقية الشركاء الأموال أو الأشياء المشتركة ، في مصلحته أو في مصلحة شخص ثالث ، يلزمه أن يبيد المبالغ التي أخذها وأن يرضم إلى مال الشركة الأرباح التي جناها ، ويحفظ مع ذلك بحق الشركاء في بدل المثل والضرر وفي إقامة دعوى جزائية عليه عند الاقتضاء . (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصري ، مع ملاحظة أن المادة ٢/٧٨٩ لبناني تقضي على الوكيل بإداء فائدة الأموال التي تأخر في دفعها للموكل) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك الذي يدير شؤون الشركة شأنه هو شأن الوكيل ، عليه أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عما تناوله الوكالة ، وقيام كل شريك بإدارة بعض شؤون الشركة لا يجوز دون حق كل منهما في مطالبة الآخر بتقديم حساب عما أداره (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٠ ص ٩٦٣) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن من واجبات الشريك أن يبين حالة الشركة التي هو مديرها وما تنتج من ربح أو خسارة ويثبت ذلك ، فإن لم يفعل فهو مدين بجميع رأس المال . ويجب الحكم عليه به جميعه ولا وجه لتجزئته (٣٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ الحقوق ٢٩ ص ٧٦) .

للشركة فيقبض الثمن ، أو يؤجر مالا لها فيقبض الأجرة ، أو يستوفى ديناً للشركة ، أو يشتري مالا من الشركة أو يستأجر منها مالا فيجب عليه الثمن أو الأجرة ، أو يقوم بغير ذلك من الأعمال فيقبض مالا لحساب الشركة . فالواجب عليه ألا يحتجز هذا المال في يده ، بل يوفيه للشركة فوراً ، إلا ما يقضى به العرف في التعامل أو الاتفاق أو نظام الشركة . وقد يأخذ مالا من الشركة لعمل يقوم به فلا يتم العمل ، أو يأخذ مالا لها لاستعماله الشخصي أو لغير ذلك من الأسباب ، ففي جميع هذه الأحوال يجب أن يرد للشركة مالا فوراً ، ما لم يقض العرف أو الاتفاق أو نظام الشركة بغير ذلك^(١) .

فلذا هو احتجز مالا للشركة ، أو أخذ من الشركة مالا ، ولم يوفها ما احتجزه أو ما أخذه ، كان مسئولاً عن رد هذا المال للشركة ، وكان مسئولاً أيضاً عن فوائده بالسعر الفانونى أو بالسعر الاتفاقي حسب الأحوال ، بمجرد ترتب الالتزام برد المال في ذمته للشركة إلى وقت ارد ، وذلك دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار . وهذا كله دون إخلال بأى تعويض تكميلي عن ضرر يصيب الشركة من جراء التأخر ويزيد على الفوائد المستحقة . وقد رأينا مثل ذلك فيما إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبأناً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، فتلزمه فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء (م ٥١٠ ملنى)^(٢)

(١) بودى وقال ٢٣ ققرة ١٩١ - جيوارا ققرة ١٩٩ - ويترتب على ذلك أنه إذا كان الشريك لم يؤد حصة إلى الشركة وجبت عليه تأديتها ، ولا يستطع أن يمتنع عن ذلك بحجة أن شريكاً آخر مبرراً لم يؤد حصة من رأس المال (استئناف مخطط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٩) .

(٢) انظر آتياً ققرة ٦٥٥ .

والشريك في كل ذلك مسؤوليته أشد من مسؤولية الوكيل ، إذ الوكيل لا تلزمه فوائد المبالغ التي في ذمته للشركة إلا من وقت استخدامها لصالحه أو من وقت أن يعذر (م ٢/٧٠٦ مدني)^(١) .

وقياساً على ما تقدم ، يمكن القول إن الشريك إذا احتجز أو أخذ مالا للشركة غير النقود ، كأوراق مالية أو مقولات ، كان مسئولاً عن رده وكان مسئولاً أيضاً عن التعويض دون حاجة إلى إعدار^(٢) ، حتى لو لم يكن قد أفاد من هذا المال شيئاً ما دامت الشركة قد لحقها الضرر^(٣) . أما إذا كان المحتجز أو المأخوذ نقوداً ، فالقوائد تستحق على النحو الذي قدمناه حتى لم يصب الشركة ضرر^(٤) .

المبحث الثاني

حقوق الشريك

٢١٥ - من الشريك في اسراده المصروفات النافعة مع فوائدها -

نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٢٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق في مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها »^(٥) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع انتهى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٣٥٥ .

(٢) بودري وقال ٢٣ فقرة ١٩٠ .

(٣) لوران ٢٦ فقرة ٢٥٨ - جيوارا فقرة ٢٠١ - بودري وقال ٢٣ فقرة ١٩٢ .

(٤) لوران ٢٦ فقرة ١٥٦ - جيوارا فقرة ١٩٩ - بودري وقال ٢٣ فقرة ١٩٢ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٧٠٥ من المشروع

انتهى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أضيفت -

ومن أولى حقوق الشريك ، كما رأينا ، أن يقسم الأرباح مع شركائه على النحو الذي فصلناه فيما تقدم . وهو ، حتى لو كان متنبأ للإدارة ، لا يأخذ في الأصل أجراً على عمله إلا إذا كان هناك اتفاق على الأجر^(١) ، شأنه في ذلك شأن الوكيل (م ٧٠٩ مدني) .

ولكنه قد يفتق مصروفات في سبيل تدبيره لمصالح الشركة ، ففي مثلاً بديون الشركة من ماله الخاص ، أو يتعهد لحساب الشركة فيلتزم شخصياً نحو الغير وينفذ تعهده ، أو يمد الشركة بشيء من ماله يتفقه في مصالحها ، فإذا كانت المصروفات التي أنفقها تعود بالنفع على الشركة ، وكانت غير

عالمية الأخيرة من يوم دفعها ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٥٥٠ في المشروع الثاني . ووافق عليه مجلس النواب . فجلس للشيوع تحت رقم ٢/٥٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥٢٧/٥٢٠ : الشريك ملزم .. وله فوائد المبالغ المطلوبة له منها ، والحق في استيلاء ما صرفه في مصلحة الشركة بالوجه اللائق بدون غش ولا تفريط .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٤٩٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٥١٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٢/٦٤٢ (مطابق) - وانظر الأستاذ حسن الخلفونقرة ١٢٧) .

تقنين الموجبات والمقود اللبناني م ٨٧٣ : لكل شريك حق الادعاء على بقية الشركاء فيما يبادل حصصهم في الشركة : أولاً - من أجل المبالغ التي صرفها لحفظ الأشياء للشركة ، والنفقات التي قام بها لمصلحة الجميع من روية وبدون إسراف . ثانياً - من أجل الموجبات التي لارتبط بها لمصلحة الجميع من روية وبدون إسراف .

م ٨٧٤ : لا يحق للشريك القائم بالإدارة أن يتناول أجراً من أجل إدارته إلا إذا نص صريحاً على ذلك . ويطلق هذا الحكم على بقية الشركاء فيما يختص بالعمل الذي يمولونه لمصلحة المشتركة أو بالخدمات الخاصة التي يقومون بها للشركة والتي لا تدخل في موجباتهم كشركاء .

(وأحكام التقنين اللبناني تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

(١) انظر م ٨٧٤ لبناني آنفاً في نفس الفقرة في الملحق .

مبالغ فيها بل كان الإتفاق عن حسن نية وتبصر ، فإنه يرجع على الشركة بما أنفق ، إما باعتباره وكيلًا وإما باعتباره قضيبيًا . وفي الحالتين لا يقتصر على الرجوع بالمبالغ التي أنفقها ، بل يرجع أيضاً بفوائد هذه المبالغ بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي ، من يوم أن دفعها^(١) . وشأن الشريك في ذلك شأن الوكيل (م ٧١٠ مدني) وشأن القضول (م ١٩٥ مدني)^(٢) .

٢١٦ - تصرف الشريك في حقه في الشركة - إشراك الغير في حقه

(مردوف croupier) : ويحسن تحديد حق الشريك في الشركة قبل الكلام في التصرف في هذا الحق . فليس حق الشريك في الشركة هو حصته في رأس المال ، فإن هذه الحصة قد قلمها للشركة فانتقلت ملكيتها منه إليها على النحو الذي قدمناه . فالشريك إذن لا يكون مالكاً لحصته بعد تقديمها للشركة ، ومن ثم لا يستطيع أن يتصرف في هذه الحصة . وإنما حق الشريك في الشركة هو حق دائنية (droit de créance) ينحصر له أن يساهم في أرباح الشركة وأن يقسم رأس مالها مع سائر الشركاء بعد حلها وتصفيتها^(٣) . فبل يستطيع أن يتصرف في هذا الحق للغير ؟

الأصل أن الشريك إنما لوحظت فيه اعتبارات شخصية عند قبوله شريكاً ، فلا يجوز أن ينزل عن حقه في الشركة^(٤) ، بعوض أو بغير

(١) استئناف غنتلط ٢٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٣ .

(٢) بودري وقال ٤٣ فقرة ٢١٥ وقرة ٢١٧ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٥ .

(٣) قارن بلانيول وريير وبولانيه ٢ فقرة ٣٠٧١ ، وينبغي أن حق الشريك هو حق ملكية معنوية (propriété incorporelle) .

(٤) استئناف وطني ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٩٠ .

موض ، لأجنبي يحمل عمله ويصبح شريكاً مكانه^(١) . وذلك ما لم يقبل سائر الشركاء هذا التنازل ويرتضوا الأجنبي شريكاً ، ويكون هذا تعديلاً في عقد الشركة يقتضى الموافقة عليه من جميع الشركاء كما قلنا ؛ وقد ينص عقد الشركة مقدماً على إمكان هذا التنازل ، ويشترط له شروطاً يذكرها ، كأن يشترط موافقة الشركاء^(٢) ، أو أن يعرض الشريك حقه على الشركاء قبل أن ينزل عنه لأجنبي^(٣) ، أو غير ذلك من الشروط .

فإذا استوفى الشريك الشروط الواجبة ، جاز له التصرف في حقه لأجنبي ، وأصبح الأجنبي شريكاً مكانه له جميع حقوق الشريك وعليه جميع واجباته . والتنازل في هذه الحالة يكون أقرب إلى حوالة الحق ، فحق الشريك قبل الشركة كما قلنا حق دائنة (droit de créance) ، فيجب إعلان الشركة به أو قبولها له حتى يكون التنازل نافذاً في حقها ، ويجب أن

(١) ولكن هل يجوز للشريك أن يتنازل عن حقه لشريك آخر دون موافقة سائر الشركاء ؟ أجابت محكمة مصر بأن المادة ٤٤١ مدني (قديم) لا تمنع أحد الشركاء من أن يتنازل للشريك آخر عن حقوقه التي كسبها من الشركة ، كما لا تمنع أحد الشركاء من أن يقبل من زميله خروجه من الشركة مع تحمل الأول كل مستويات الثاني وكتب لمحقوقه (٢٨ مارس سنة ١٩٠٥ المحقوق ٢٠ ص ١٤٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان نص العقد صريحاً في أنه ليس لأي شريك حق التنازل أو بيع حصة لأي شريك آخر إلا بموافقة جميع الشركاء كتابة ، فإنه يكون صحيحاً ما قرره الحكم من أنه لا يسوغ لأحد الشركاء أن يقبل ما طلبه شريك آخر من تعديل حصة في رأس المال مادام أن هذا الطلب لم يوافق عليه باقي الشركاء كتابة (نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥) . وانظر استئناف مخطط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٢٥ - ١٧ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٥ ص ١٧٩ .

(٣) يون فترة ٦٦١ - جيورار فترة ٢٥٥ - بودري وفال ٢٤ فترة ٢٤٢ - فترة ٢٤٤ - بلانيول وديير ولييانير ١١ فترة ١٠٤٩ ص ٣٢٧ .

يكون القبول ثابت التاريخ حتى يكون التنازل نافذاً في حق الغير ، وهذه هي القواعد المقررة في حوالة الحق^(١) .

أما إذا لم يستوف الشريك الشروط الواجبة ، وتنازل مع ذلك عن حقه لأجنبي ، فإن التنازل يبقى قائماً بينه وبين الأجنبي^(٢) ، ولكنه لا يكون نافذاً في حق الشركة أو الشركاء . فيبقى الشريك المتنازل شريكاً في الشركة ويكون الأجنبي بعيداً عنها لا علاقة له بها ولا يجوز له التدخل في شؤونها ، ويتقاضى الشريك حقوقه من الشركة ويرجع عليه الأجنبي بهذه الحقوق ، والشريك وحده هو الذي يطالب الشركة بالاطلاع على دفاترها ومستنداتها ، وبقسمة أرباحها ، وهو وحده الذي يحق له الاعتراض على عمل من أعمال الإدارة عندما يجوز للشركاء الاعتراض على هذه الأعمال ، وهو الذي يطالب بنصيبه في رأس المال عند حل الشركة وتصفيتها . أما الأجنبي فلا يستطيع شيئاً من ذلك ، وإنما يرجع كما قدمنا على الشريك الذي تنازل له عن حقه ، وله أيضاً أن يرجع على الشركة باسم الشريك باعتباره دائماً له وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة فيطالب الشركة بحقوق الشريك لا بحقوقه هو^(٣) .

وكما أن الشريك لا يستطيع أن يتنازل عن حقه في الشركة إلا بموافقة سائر الشركاء على التحو الذي قدمناه ، كذلك لا ينتقل هذا الحق إلى وريثة الشريك بالميراث . وصري فيما يلي أن الشركة تنتهي بموت أحد الشركاء (١/٢٢٨م مدني) ، وإن كان يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته

(١) جيواد في البيع ٢ فقرة ٧٩٤ - لوبري ودويلان ٦ فقرة ٢٨١ ص ٤٦ -
بلانيول وديير وليبارغير ١١ فقرة ١٠٤٩ - وقارن بودري وقال ٢٣ فقرة ٢٣٢ .

(٢) استئناف وطني ١٥ يونيو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٨ .

(٣) بودري وقال ٢٣ فقرة ٢٣٧ ص ١٤١ - بلانيول وديير وليبارغير ١١

فقرة ١٠٤٩ .

ولو كانوا قسراً ، كما يجوز الاتفاق على أن تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء وفي هذه الحالة لا يكون لورثة الشريك إلا نصيبه في أموال الشركة (م ٢٨/٢ و ٣ مدني) ، وسيأتي بيان ذلك فيما يلي .

أما دائنو الشريك فليست لهم حقوق مباشرة على حق الشريك ، فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقهم فيما يخص ذلك الشريك في رأس المال ، وإنما لهم أن يتقاضوها فيما يخصه في الأرباح . أما بعد تصفية الشركة ليكون لهم أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم في أموال الشركة الصافية ، ويجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظي على نصيب الشريك^(١) .

وإذا كان الشريك لا يحق له التصرف في حقه تصرفاً ينفذ في حق الشركة بدون موافقة الشركاء ، فإنه مع ذلك يستطيع بدون موافقة الشركاء أن يشرك غيره في حقه ، فيتخذ له رديفاً (croupier)^(٢) ، ولكن هذا الإشراف لا يكون نافذاً في حق الشركة ، وتقتصر آثاره على العلاقة فيما بين الشريك والرديف^(٣) . فإذا أشرك الشريك الرديف في حقه بمقدار النصف مثلاً ، قامت شركة من الباطن فيما بينهما ، وتكون شركة محاصة^(٤) . فيكون لكل

(١) انظر م ٢٥ مدني ، وسيأتي بيان ذلك فيما يلي .

(٢) الرديف هو من يركب خلف الراكب ، أي أن الراكب يردفه خلفه . ولفظ croupier (أي الرديف) بالفرنسية يشير إلى عادة قديمة عندما كان السفر على ظهور الخيل ، فيرشد الفارس راكباً خلفه . ويستعمل اللفظ كثيراً في ألعاب الورق ونحوها ، فيشرك اللاعب رديفاً معه في المرح وفي الخسارة (جورنال نقرة ٢٦٣ - بلاتريل وريبير وبيارنير ١١ ص ٣٢٨ ملحق رقم ٣) .

(٣) وقد نصت المادة ٤٤١ / ٥٣٨ من التقنين المدني السابق على هذا الحكم إذ كانت تقول : « لا يجوز لأحد من الشركاء أن يسقط حقه في الشركة كله أو بعضه ، إلا إذا وجد شرط يقضي بذلك . وإنما يجوز له فقط أن يشرك في أرباحه غيره ، ويبقى هذا الغير خارجاً عن الشركة » . وليس في التقنين المدني الجديد نص مقابل ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة .

(٤) بودري وقال ٢٣ نقرة ٢٢٦ .

من الشريك والرديف نصف أرباح الشريك من الشركة ، ويكون على كل منهما نصف الخسارة^(١) . وإذا حلت الشركة وصفت ، وأعطى الشريك نصيبه من رأس المال ، اقتسم معه الرديف هذا النصيب متعصفا . ولكن الرديف لا تكون له علاقة مباشرة بالشركة الأصلية ، فلا يطالبها بأرباح ، ولا تطالبه بخسارة ، ولا يستطيع أن يشترك في مداولاتها ، ولا في إدارتها ، وليس له حق الاعتراض على أعمال الإدارة ، ولا أن يطلب الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها ، ولأن يتدخل في أى شأن من شؤونها ، وتبقى علاقته مقصورة على الشريك الذى كونه معه الشركة من الباطن كما قلنا . وهذا لا يمنع من رجوع الرديف على الشركة بطريق الدعوى غير المباشرة ، فيطالبها باسم الشريك بحقوق هذا الشريك في الأرباح مثلا ، وبسائر الحقوق التى تكون للشريك قبل الشركة . كذلك للشركة أن ترجع بطريق الدعوى غير المباشرة على الرديف ، فتطالبه بوجه خاص باسم الشريك بالمساهمة في خسائر الشركة^(٢) .

وعدم جواز تنازل الشريك عن حقه في الشركة إنما يسرى أثناء قيام الشركة^(٣) . أما بعد حل الشركة ، فيجوز لكل شريك ، وقد أصبح مالكا على الشيوع لأموال الشركة ، أن ينزل عن حقه لأجنبي ، وأن ينييه عنه في التصفية ، ولهذا الأجنبي أن يستعمل حقوق الشريك وأن يحمل محله^(٤) .

(١) والرديف لا يكون مسئولا عن إضرار باقى الشركاء ، ولا يلزم إلا بمقدار قائمته من حصة الشريك الذى هو رديف له (استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩) .
(٢) انظر في كل ذلك بون فترة ٦٢٣ - فترة ٦٢٤ - لوران فترة ٣٣٨ - جيوار فترة ٢٦٢ - أوبرى دور وإسبان ٦ فترة ٣٨١ ص ٤٥ - بودى ومال ٢٣ فترة ٢٢٦ - بلانيول وديبير وليبارنيير ١١ فترة ١٠٥٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فترة ٤٧٣ .

(٣) استئناف وطنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٩٠ - ٢٨ مارس سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٤٦ - ١٥ يونيو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٨ .

(٤) استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٧٤٤ .

المبحث الثالث

حقوق دائي الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء

المطلب الأول

حقوق دائي الشركة

٢١٧- النصوص القانونية: تنص المادة ٥٢٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة مالم يوجد اتفاق على نسبة أخرى . ويكون باطلا كل اتفاق يعفي الشريك من المسئولية عن ديون الشركة » .

« ٢ - وفي كل حال يكون لدائني الشركة حق مطالبة الشركاء كل بقدر الحصة التي تخصصت له في أرباح الشركة » .
وتنص المادة ٥٢٤ على ما يأتي :

« ١ - لاتضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، مالم يتفق على خلاف ذلك » .

« ٢ - غير أنه إذا أعسر أحد الشركاء ، وزعت حصته في الدين على الباقيين كل بقدر نصيبه في تحمل الخسارة » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

٥٢٣م : ورد هذا النص في المائتين ٧٠٦ و ٧٠٧ من المشروع القمهي على وجهين مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٥٥١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « يقضى بينه ذلك » ، واستعوضت بها بعبارة « يتي الشريك من المسئولية »

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٥٢٩/٤٢٢ و
٥٤٠/٤٤٣ و ٥٤١/٤٤٤^(١)

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
م ٤٩١-٤٩٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥١٦ - ٥١٩ - وفي التقنين
للمدني العراقي م ٦٤٣ - ٦٤٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
م ٩٠٦ - ٩٠٨^(٢) .

= عن ديون الشركة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق
عليه مجلس الشيوخ كما طرأ عليه بـلغة تحت رقم ٥٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٧ -
ص ٣٥٩) .

م ٥٢٤ : ورد هذا النص في المادة ٧٠٨ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر
عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة حور بعض تحويرات طفيفة فأصبح مطابقاً
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٥٥٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه
مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٠ -
ص ٣٦٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٥٢٢/٤٢٩ : ما يستحقه أحد الشركاء على الشركة واجب
أهله له من جميع الشركاء ، فإن أصر أحدهم وزع ما يخصه على باقي الشركاء .
م ٥٤٠/٤٤٣ : وإذا كان الشريك مأفوناً بالمعاملة مع الغير باسم الشركاء أو باسم الشركة ،
كان كل واحد من الشركاء ملزماً لهذا الغير بحصة مساهمة لخصه الآخر ، لا على وجه التضامن
لغيرهم إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك .

م ٥٤١/٤٤٤ : ولهذا الغير في كل الأحوال مطالبة كل من الشركاء بقدر حصته في الربح
الحاصل من السل . (وأحكام التقنين السابق في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، إلا
أن فكرة الشخصية المنوية لشركة لا تظهر ظهوراً واضحاً في نصوص التقنين القديم) .
(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٩١ - ٤٩٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥١٦ (مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ مصري) .

م ٥١٧ - يجوز لثاني الشركة أن ينسكوا بحقوقهم على أموالها . ويكون الشركاء
الذين تعاملوا باسم الشركة وعلى حسابها مسئولين بالتضامن شخصياً عن التزامات الشركة ، =

٢١٨ - حقوق دائي الشركة على أموال الشركة : لما كانت الشركة شخصاً معنوياً ، فأموالها ملك لها خاصة لا للشركاء . ومن ثم تكون هذه الأموال هي الضمان العام لدائتي الشركة ، شأن الشركة في ذلك شأن كل

= ويكون مستولاً أيضاً الشركاء الآخرون ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك . ٢ - ويجب أن يفي بإعلام الغير بذلك الاتفاق بالطرق المفيدة ، وإلا فقد قوة الاحتجاج به على من لم يعلمه . م ٥١٨ : عندما يطلب من الشريك الوفاء بديون الشركة ، يحق له أن يتسكك بتجريد أموال الشركة أولاً ، ولو كانت الشركة تحت التصفية ، مبيناً مقوماتها التي يستلج الدائن استيفاء حقه منها بلا صعوبة .

م ٥١٩ : من دخل شريكاً في شركة ثم تأسيسها يكون مستولاً مع الشركاء الآخرين من التزامات الشركة السابقة لاكتسابه صفة الشريك .

(ويختلف التفتين الليبي من التفتين المصري : (١) في أن التفتين الليبي لم يذكر دجوع دائن الشركة على الأرباح التي حصل عليها الشريك من الشركة ، ولكن هذا الرجوع طيس إلا تطبيقاً لمبدأ الإثراء بلا يجب . (٢) وفي أن التفتين الليبي جعل الشركاء مسئولين في ملغم المخاص إذا كانوا هم الذين تاملتوا مع الدائن وجعلهم متضامنين ، أما الشريك الذي لم يتعامل مع الدائن فيكون أيضاً مستولاً ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) .

التفتين الملف المراق م ٦٤٣ - ٦٤٤ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٢٨ وما بعدها) .

تفتين الموجبات والمقود البناني م ٩٠٧ : لدائتي الشركة أن يقيموا الدعاوى على الشركة المظلة في أشخاص مديريها وعلى الشركاء أنفسهم . على أن تنفيذ الحكم الذي يصدر في مصلحتهم يجب أن يتناول أولاً عموكات الشركة . وتكون لهم الأولوية في هذه الأموال على دائني الشركة المخصوصين .

م ٩٠٨ : إذا لم تكف أموال الشركة ، أمكنهم أن يرجعوا على الشركاء لاستيفاء ما بقى لهم من الدين على الشروط التي يقتضيها نوع الشركة . ويجوز حينئذ لكل من الشركاء أن يفل ، تجاه الشركة ، بأوجه الدفاع المختصة به من وبالشركة أيضاً ، وتدخل المقاصة في ذلك . م ٩٠٩ : من يدخل في شركة مؤسسة يرتبط على القدر الذي يستلزمه نوعها بالموجبات التي عقدت قبل دخوله فيها وإن يكن اسم الشركة أو عنوانها قد تثير . وكل اتفاق يخالف يكون لغوا بالنظر إلى الغير .

انظر أيضاً المواد ٩٠١ - ٩٠٥ من تفتين الموجبات في المقود البناني .

(وأحكام التفتين البناني في مجموعها تتفق مع أحكام التفتين المصري) .

مدین . ویكون لدائن الشركة أن يتقاضوا حقوقهم من أموال الشركة بالطرق القانونية المقررة ، ولا يراهم في ذلك الدائنون الشخصيون للشركاء لأن أموال الشركة ليست للشركاء كما قدمنا . وإذا كانت أموال الشركة لا تقي بجميع حقوق دائئها ، قسمت هذه الأموال بينهم قسمة الغرماء ، مع مراعاة حقوق الدائئین الذين لهم قانونا التقدم على سائر الدائئین .

ولا يجوز لدائن الشركة أن یغذ بحقه على أموال الشركاء الخاصة قبل أن یغذ على أموال البشركة ، وإلا كان للشركاء حق طلب التجريد^(١) . فدائن الشركة يتقاضى حقه أولا من أموال الشركة ، فإن بقى له شيء ورجع به في أموال الشركاء الخاصة^(٢) على النحو الذي سنیه .

٢١٩ - حقوق دائئ الشركة على أموال الشركاء الخاصة : فإذا فرض أن دائئاً للشركة بمبلغ ألفین لم يستوف من مال الشركة غیر ألف ، فإنه يرجع بالألف الباقية على الأموال الخاصة للشركاء . ونفرض أن الشركاء أربعة ، وأن أنصبتهم في خسائر الشركة متساوية ، فيكون لدائن الشركة في هذه الحالة أن يرجع على كل من الشركاء الأربعة بنسبة نصيبه في خسائر الشركة (م ٥٢٣ / ١ مدنی) ، فيرجع على كل منهم بمائتین وخمسين^(٣) .

ولا يكون هؤلاء الشركاء الأربعة متضامنين نحو دائئ الشركة ،

(١) انظر م ٥١٨ لیسى آتفاً فقرة ٢١٧ في الملحق .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهیدی في مجموعه الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٧ -

ص ٣٥٨ .

(٣) وهذا هو الحكم حتى لو كان أحد هؤلاء الشركاء دخل الشركة بعد تأسيسها وكان حق الدائن على الشركة قد ثبت قبل دخول هذا الشريك (انظر م ٥١٩ لیسى آتفاً فقرة ٢١٧ في الملحق) .

إلا إذا كان التضامن مشترطاً ، فنعتقد يستطيع الدائن أن يرجع على أى من الشركاء بالألف كلها ويرجع من دفع الألف على سائر الشركاء كل يقدر حصته طبقاً لقواعد التضامن . أما إذا كان التضامن غير مشروط^(١) ، فإن دائن الشركة لا يرجع على كل شريك إلا بمائتين وخمسين كما قدمنا (م ٥٢٤ / ١ مدنى) ، ولكن إذا أصر أحد هؤلاء الشركاء فلم يستطيع دائن الشركة أن يتقاضى منه شيئاً ، فإن حصته فى الدين ، وهى مائتان وخمسون ، توزع على الثلاثة الباقين كل بقدر نصيبه فى تحمل الخسارة (م ٥٢٤ / ٢ مدنى) . فيرجع دائن الشركة على كل من الثلاثة الباقين بثلاثمائة وثلثين وثلث ، ويكون الشركاء هم الذين تحملوا تبعة إعصار صاحبهم ، ولم يتحمل الدائن هذه التبعة ، وهذه هى إحدى فوائد التضامن أثبتتها القانون لدائن الشركة دون أن يثبت له بقية الفوائد . وإذا أصر شريكان من الأربعة ، وزع نصيباهما على الاثنين الباقين ، ورجع دائن الشركة على كل من هذين الاثنين بمجمالة .

وقد يتفق الشركاء على أن يكون نصيب كل منهم فى مسئوليته عن ديون الشركة فى ماله الخاص غير نصيبه فى تحمل خسائر الشركة ، فيكون نصيب الشريك فى تحمل خسائر الشركة مثلاً الربع ونصيبه فى المسئولية عن ديون الشركة الثلث ، وعند ذلك يراعى هذا الاتفاق ، ويرجع دائن الشركة على هذا الشريك بثلث ما بقى من حقه لا بالربع فقط .

ويلاحظ أن دائن الشركة إذا رجع على أحد الشركاء فى ماله الخاص بنسبة معينة وفقاً للقواعد المتقدم ذكرها ، زاحم الدائون الشخصيون لهذا الشريك ، لأن المال مملوك لمدينهم فيدخل فى ضمانهم . فإذا لم يف مال الشريك الخاص بحقوق دائن الشركة ودائنيه الشخصيين ، فاقص من

حق دائن الشركة يرجع به هذا على بقية الشركاء كل بقدر نصيبه في
الخسارة ، لأن هذا إضرار جزئي من أحد الشركاء يتحملة الباقون بهذه
النسبة كما سبق القول .

ولا يجوز أن يتفق الشركاء على إعفاء أحدهم من مسؤوليته في ماله
الخاص عن ديون الشركة ، ويكون هذا الاتفاق باطلا ، ولا يستطيع
الشريك الذي أعفى أن يمسك بهذا الإعفاء ، لا قبل دائن الشركة ولا قبل
سائر الشركاء . والبطالان هنا لنفس الأسباب التي سبق ذكرها عند الكلام
في بطلان شركة الأسد^(١) . وإنما يجوز كما قدمنا أن يتفق الشركاء على
أن يكون نصيب شريك منهم في مسؤوليته عن ديون الشركة في ماله الخاص
أقل أو أكبر من نصيبه في تحمل خسائر الشركة .

٢٢٠ - مفقود دائن الشركة على حصص الشركاء في الأرباح :

على أن هناك جزءاً من أموال الشركاء الخاصة يتميز بأن دائن الشركة
يستطيعون أن ينفقوا عليه كله دون تقيد بنصيب الشريك في مسؤوليته عن
الديون ، وذلك هو ما يصيب الشريك من أرباح الشركة . ذلك أن الشريك
لا يجوز أن يخلص له ربح من الشركة قبل أن يستوفى دائن الشركة حقوقهم
كاملة ، وإلا كان مريباً على حساب الدائنين . وهذا ما نصت عليه الفقرة
الثانية من المادة ٥٢٣ مئى ، وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى
في صدد هذا النص : « يطابق هذا النص ما ورد بالمادة ٤٤٤ / ٤٤١
من التقنين الحالى (السابق) . والحكم الوارد به هو تطبيق للقواعد العامة ،
إذ لا يجوز أن يثرى شخص بلا سبب على حساب الغير . وعلى ذلك يجوز

(١) انظر المذكورة الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التوضيحية ٤

دائماً للدائن أن يرجع على الشريك بقدر ما عاد عليه من أرباح الشركة (١).

ونفرض ، تطبيقاً لهذا النص ، أن شريكاً نصيبه في خسائر الشركة هو الثلث ، وقد حصل من أرباحها على أربعةائة ، وأن دائناً للشركة بقي له من حقه بعد أن استوفى مال الشركة ستائة . فالدائن له أن يرجع في هذه الحالة على هذا الشريك في ماله الخاص بثلاثة ما بقي للدائن ، أى بمائتين . ولكن الدائن يستطيع أيضاً أن يرجع على الشريك بالأربعةائة كلها التي حصل عليها الشريك من أرباح الشركة ، لأن هذا الجزء من مال الشريك الخاص مشمول عن كل ما بقي من ديون الشركة كما قلنا . فإذا استوفى الأربعةائة من الشريك لم يرجع عليه بشيء آخر لأنه استوفى أكبر القيمتين ، قيمة الثلث وقيمة نصيب الشريك من الأرباح . ويرجع دائن الشركة على بقية الشركاء بالمائتين الباقيتين بعد أن استوفى الأربعةائة ، ويستطيع هنا أيضاً أن يستوفى المائتين من أنصبة بقية الشركاء في الأرباح على النحو الذي قلناه .

وبلاحظ أن دائن الشركة إذا رجع فيما بقي له من حقه على نصيب شريك في أرباح الشركة ، فإن هذا النصيب وهو مملوك للشريك يزاحم فيه دائنو الشريك الشخصيون . ففي المثل المتقدم إذا رجع الدائن بالستائة الباقية له على الشريك في الأربعةائة التي هي نصيبه في الربح ، ولم يكن للشريك مال خاص غير ذلك ، وكان له دائن شخصي بستائة ، زاحم هذا الدائن دائن الشركة في الأربعةائة ، وأخذ كل منهما مائتين . ويرجع دائن الشركة بما بقي له بعد ذلك على الشركاء الآخرين وفقاً للقواعد التي تقدم ذكرها .

ويرجع الدائن على الشريك فيما حصل عليه من أرباح الشركة بسبب

العقد الذى أبرمه الدائن مع الشركة ، حتى لو كان هذا الدائن قد تعاقد مع مدير للشركة جاوز حدود سلطته أو مع شخص ليست له سلطة الإدارة أصلاً . فإدام هذا التعاقد قد عاد يربح على الشريك ، كان للدائن أن يرجع عليه بمقدار هذا الربح ، إذ يكون الشريك قد أثرى على حساب الدائن فتطبق قواعد الإثراء بلا سبب . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وينطبق هذا النص على حالة الشريك الذى تعدى سلطته فى الإدارة أو الذى لم تكن له سلطة الإدارة ، ولكنه تعاقد باسم الشركة ، ففى الحالتين لا يسأل الشركاء إلا إذا كان قد عاد عليهم ربح من عمل هذا الشريك ، وبقدر هذا الربح »^(١) .

المطلب الثانى

حقوق الدائنين الشخصيين للشركاء

٢٢١ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٥٥ من التقنين المبنى على ما يأتى :

« إذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون ، فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك فى رأس المال ، وإنما لهم أن يتقاضوها مما يخصه من الأرباح . أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدبتهم فى أموال الشركة بعد استئزال ديونها ، ومع ذلك يجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظى على نصيب هذا المدين »^(٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٠٩ من المشروع التمهيدى مل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المبنى . ولقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٥٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيوخ تحت رقم ٢٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٢ - ص ٣٦٣) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكنه متفق مع القواعد العامة .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٤٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٢٠ - ٥٢١ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٤٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩٠٩ .

٢٢٢ - لا حقوق للمرضى التصفية على أموال الشركة : الدائن الشخصي للشريك لا حقوق له على مال الشركة ، إذ أن هذا المال ملك للشركة لا للشريك مدنيه كما سبق القول . فهو لا يستطيع أن ينفذ على

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٥٢٠ : ١ - يجوز لدائن الشريك الشخصي أن يمسك بحقه في الأرباح المسحقة للدين مادامت الشركة قائمة ، وأن يتخذ الإجراءات التحذيرية على الحصة التي تؤول لمدينه من التصفية . ٢ - وإذا لم تكن أموال المدين الأخرى كافية لاستيفاء حقوقه ، فيجوز لدائن الشخصي أن يطالبه كذلك في أي وقت بتصفية حصة مدنيه . ويجب أن تصفى الحصة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الطلب ما لم يقرر حل الشركة .

م ٥٢١ : لا تجرى المقاصة بين ما تطلبه الشركة من ديون على شخص أجنبي عن الشركة وما يطلبه هو من ديون على الشريك .

(والتقنين الليبي يتطلب من التقنين المصري في أن الدائن الشخصي للشريك يستطيع في التقنين الليبي إذا لم يجد وفاء لحقه في الأموال الخاصة لمدينه أن يطلب تصفية حصة هذا الشريك) .

التقنين المدني العراقي م ٦٤٥ (مطابق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩٠٩ : لا يجوز لدائن أحد الشركاء الشخصيين أن يستعملوا حقوقهم مدة قيام الشركة إلا في قسم هذا الشريك من الأرباح المحقة بحسب المزاينة ، لا في حصته في رأس المال . ويعد انتهاء الشركة أو حلها يحق لهم أن يستعملوا تلك الحقوق في حصته من ممتلكات الشركة بعد إسقاط الديون . بيد أنه يجوز لهم أن يلقوا حيزاً احتياطياً على هذه الحصة قبل كل تصفية .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

مال للشركة . ولو بقدر حصة مدينه في رأس المال . وإذا كان مدیناً
للشركة فإنه لا يستطيع أن يقاص الدين الذى عليه للشركة بالدين الذى له
في ذمة الشريك ، فهو مدین للشركة ودائن للشريك ، والشريك غير
الشركة ، فلا تقع المقاصة^(١)

على أن الدائن الشخصى للشريك يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه
الشريك قبل الشركة بطريق الدعوى غير المباشرة . فيستطيع مثلاً أن يطالب
باسم الشريك بنصيب هذا في أرباح الشركة ، وإذا كان الشريك دائماً
لشركة يحق آخر استطاع دأته أن يطالب باسمه الشركة بهذا الدين .
ويجوز للشريك كذلك أن يوقع حجزاً تحفظاً تحت يد الشركة على
ما يكون للشريك من حقوق في ذمتها ، كنصيبه في الأرباح أو ديون أخرى .

٢٢٢ - حقوق الدائنين الشخصيين على أموال الشريك الخاصة المستقرة

من المستقر : وللدائن الشخصى للشريك بداهة أن ينفذ على الأموال الخاصة
للشريك مدينه ، فهذه الأموال ضمانه العام . وهو في تنفيذ، على هذه
الأموال يزاحمه فيها دائن الشركة إذا كان لهذا حق الرجوع على أموال
الشريك الخاصة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويجوز لدائن الشريك أن ينفذ على أموال الشريك الخاصة التي يستملها
من الشركة ، فيجوز له أن ينفذ على الأرباح التي يقبضها الشريك من
الشركة ، ويزاحمه فيها دائماً دائن الشركة بما يتبقى له من حقوق يرجع بها
على أموال الشريك الخاصة ، وقد سبق بيان ذلك .

وإذ صفت التركة أصبح رأس ماخا ملكاً شائعاً بين الشركاء ، وأصبح
للشريك المدين جزء شائع في هذا المال يدخل ضمن أمواله الخاصة . ومن

(١) انظر هنا المصم ٥٢١ من التفتين اليسى آتما ققرة ٢٢١ في المامش .

ثم يملك دائته الشخصى فى هذه الحالة أن يتخذ بحقه على هذا الجزء الشائع ، ولا تتصور مزاحة دائتى الشركة له فى هذا الجزء ، فإن التصفية تقتضى أن تكون ديون الشركة قد وفيت جميعاً وما بقى من مال الشركة فهو ملك خالص للشركاء . على أن دائن الشرك يستطيع قبل التصفية وسداد ديون الشركة أن يتخذ الإجراءات التحفظية بالنسبة إلى حصة الشريك المدين ، فيحجز مثلاً حيزاً تحفظياً تحت يد المصطفى على حصة الشريك ، حتى إذا صفيت الشركة وسددت ديونها كان له أن يتخذ على هذه الحصة بعد أن أصبحت ملكاً خالصاً للمدين^(١) .

(١) وهذه الأحكام قد نصت عليها المادة ٢٥٠ من قانون المذكر . ونقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « إذا قامت الشركة باستيفاء الوضع القانونى الصحيح ، كانت لها شخصية مستقلة عن الشركاء ، وذمة منفصلة عن ذمتهم . وأموال الشركة تعتبر شيئاً عاماً لدائتها وحكم ، كما أن ذمة الشريك من الشأن العام لدائتيه الشخصيين . وحقوق الشريك قبل الشركة ، إن كانت تدخل فى ذمته ، إلا أنها متدججة فى الشركة . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لدائتى الشريك أثناء قيام الشركة أن يزاحوا دائتيه ، فإذا ما انحلت الشركة وتمت التصفية جاز لدائتى الشريك التفتية على حصته . على أنه يجوز لدائتى الشريك أثناء قيام الشركة : (١) أن ينفذوا بديونهم على حصته من الأرباح . (٢) أن يتخذوا الإجراءات التحفظية ، سواء فيما يتعلق بنصيبه فى الأرباح أو حصته فى الشركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٦٢) .

الفصل الثالث

انقضاء الشركة

٢٢٤ - أسباب انقضاء الشركة وتصفيتها : هناك أسباب تنقضي بها الشركة ، فإذا ما انقضت صفيت أموالها وقسمت ما بين الشركاء . أما القسمة فلا تكون إلا بعد التصفية ، وقد أصبح المال شائعاً بين الشركاء ، فتتبع في قسمته القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع (م ٥٣٧ مدني) .

والكلام في قسمة المال الشائع يكون عند الكلام في الملكية على الشيوع .
فيق أن نبحث موضوعين : (١) أسباب انقضاء الشركة (٢) تصفية الشركة .

الفرع الأول

أسباب انقضاء الشركة

٢٢٥ - نواعه من الأسباب : هناك أسباب إذا قامت انقضت الشركة من تلقاء نفسها بحكم القانون ، وهناك أسباب أخرى تبيح لكل شريك أن يطلب من القضاء حل الشركة .

المبحث الأول

أسباب انقضاء الشركة من تلقاء نفسها بحكم القانون

٢٢٦ - أسباب ترجع إلى محل الشركة وأسباب ترجع إلى الشركاء :
الأسباب التي تنقضي بها الشركة من تلقاء نفسها بحكم القانون بعضها يرجع إلى محل الشركة من عمل تقوم به أو مال تستغله ، وبعضها يرجع إلى الشركاء

أنفسهم إذا مات أحدهم أو حجر عليه أو أعصر أو أفلس أو انسحب
من الشركة .

المطلب الأول

أسباب الانقضاء التي ترجع إلى عمل الشركة

٢٢٧ - انتهاء الميعاد أو العمل وهلاك المال : محل الشركة هو
العمل الذي تقوم به والمال الذي تستغله في هذا العمل . فإذا زال هذا
المحل زالت الشركة بزواله من تلقاء نفسها بحكم القانون . فستعرض إذن :
(١) انتهاء ميعاد الشركة أو انتهاء عملها (٢) هلاك مال الشركة .

٢٢٨ - انتهاء ميعاد الشركة أو انتهاء عملها - نص قانوني :
تنص المادة ٥٢٦ من المقتضى المذني على ما يأتي :

١ - تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذى
قامت من أجله .

٢ - فإذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء
يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة ، امتد المبدأ سنة
فسنة بالشروط ذاتها .

٣ - ويجوز للدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد ،
ويترتب على اعتراضه وقف أثره في حقه (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٠ (أرب) والمادة ٧١١ من المرسوم
النهائى مل الوجه الآتى م ٧١٠ (أ و ب) « تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : (أ) بانقضاء
الميعاد المحدد للشركة (ب) بانتهاء العمل الذى قامت الشركة من أجله - م ٧١١ : ١ - إذا مد
أجل الشركة بعد انقضاء المدة المحددة لها ، كانت هناك شركة جديدة ، أما إذا حصل للدين
انقضاء المدة المحددة كان ذلك استمراراً لشركة الأول . ٢ - إذا انقضت المدة المحددة لشركة ، =

= أو انتهى العمل الذي قامت الشركة من أجله ، ثم استمر الشركاء يقومون بأعمال من نوع الأعمال التي تأنفها لها الشركة ، كان هناك امتداد ضمنى للشركة ، من سنة إلى سنة ، بالشروط الأولى ذاتها . ٣- يجوز لدائن أحد الشركاء أن يترض على امتداد الشركة ويترتب على اعتراضه وقف أثر الامتداد في حقه . وفي لجنة المراجعة عدلت هذه النصوص حتى أصبحت مطابقة لما استقرت عليه المادة ٥٢٦ في التقنين المدني الجديد ، وذلك تحت رقم ٥٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٦ (بمجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٣٦٥ - ص ٣٦٦ - وص ٢٧٠ - ٢٧١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق للمادة ٤٤٧/٤٤٥ : أولاً وثانياً : تنهى الشركة بأحد الأمور الآتية :

أولاً- بانتفاء المهاد المحدد للشركة .

ثانياً- بإنهاء العمل الذي انضمتت الشركة لأجله . (وأحكام التقنين السابق تنطق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري ٤٩٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٢٢ (أ و ب) : تنحل الشركة للأسباب التالية :

(أ) بانتفاء المهاد المعلن لها .

(ب) بجلونها غرضها المشترك أو استعانة تحقيقه .

م ٥٢٣ ١ - تمتد الشركة ضمناً ولأجل غير معين إذا استمر الشركاء في القيام بأعمال الشركة بعد انقضاء المدة التي هيئت لها . ٢ - ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يترض على هذا الامتداد ، ويترتب على اعتراضه وقف أثره في حقه . (ويختلف التقنين الليبي من التقنين المصري في أن التجديد الضمني في التقنين الليبي يجعل مدة الشركة غير معينة ، أما في التقنين المصري فيجعلها ستة سنة) .

التقنين المدني العراقي م ٦٤٦ (أ و ب) وم ٦٤٧ (موافق - انظر الأستاذ حسن الفتون فقرة ١٢٢ وما بعدها) .

تقنين المورجات والمقود اللبناني م ٩١٠ (أولاً وثانياً) : تنهى الشركة : أولاً :
بحلول الأجل المعلن لها أو يتحقق شرط الإنقضاء . ثانياً - إتمام الموضوع الذي عقدت لأجله أو باستحالة إتمامه .

م ٩١٢ : إن الشركة المنحلة حتماً بانتفاء المدة المصونة لها أو إتمام الفرض الذي عقدت لأجله ، بعد أجلها مدداً تمديداً ضمناً إذا دأب الشركاء على الأعمال التي كانت موضوع الشركة بعد حلول الأجل المتفق عليه أو إتمام العمل المعقود لأجله ، ويكون هذا التجديد الضمني ستة سنة .

ويخلص من هذا النص أن الشركة قد يتحدد وقت قيامها بمدة معينة أو بعمل معين . فإذا انتهت هذه المدة أو فرغت الشركة من هذا العمل ، انقضت الشركة بمجرد انتهاء المدة أو بمجرد التراجع من العمل . فإذا تألفت شركة وحددت مدتها بعشر سنين مثلاً ، فبانتهاى عشر السنين تنقضى الشركة^(١) . وإذا تألفت لبيع أراضٍ محددة ، وفرغت من بيع كل هذه الأراضى ، انتهى عملها فانقضت . وتنقضى الشركة في الحالتين ، ولو كان هذا ضد رغبة الشركاء ، وما عليهم إذا أرادوا الاستمرار في العمل إلا أن يتفقوا على إنشاء شركة جديدة^(٢) .

على أنه إذا تحدد لقيام الشركة مدة معينة ، وقبل انتهاء هذه المدة اتفق الشركاء جميعاً على مدتها ، امتدت الشركة ذاتها إلى ما بعد المدة المحددة بمقدار ما امتد منها^(٣) . فإذا كانت مدة الشركة خمس سنوات مثلاً ، وبعد

١١٣ م : يحق لدائى أحد الشركاء الموصيين أن يعترضوا على تجديد أجل الشركة . على أنه لا يكون لهم هذا الحق إلا إذا كان مبلغ دينهم معيناً بموجب حكم اكتسب صفة القضية المحكمة . وهذا الاعتراض يوقف حكم تجديد الشركة بالنظر إلى المترضين ، ويجوز لسائر الشركاء أن يقرروا إخراج الشريك الذى من أجله وقع الاعتراض . وقد عينت المادة ٩١٨ مفاعيل هذا الإخراج . (وأحكام التقنين الجنائى في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين الجنائى يشترط لاعتراض دائى الشريك على تجديد الشركة تجديداً ضمنياً أن يكون يهدد حكم قد كسب قوة الأمر المقضى ، ولا يشترط التقنين المصرى ذلك) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وفقاً لقاعدة ٤٤٥ من القانون المدنى القديم تنهى الشركة بانقضاء المياد المحد لها بقوة القانون ، فإذا أراد الشركاء استمرار الشركة وجب أن يكون الاتفاق على ذلك قبل انتهاء المياد المعين في العقد ، أما إذا كانت المدة قد انتهت دون تجديد فلا يبرر إلى الاستمرار في عمل الشركة القديمة إلا بتأسيس شركة جديدة ، ولا يثير من ذلك أن يكون قد نص في عقد الشركة الجديدة على أن الفرض منها هو الاستمرار في الشركة السابقة (نقض مقرر ١٦ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٥ ص ١١٦٣) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٣٦٧ .

(٣) وقد تحدد مدة الشركة في عقد تأسيسها ، وينص في هذا العقد أنه إذا انقضت هذه المدة دون أن ينظر في قت معين أحد الشركاء الشركاء الآخرين بانتهاء الشركة امتدت الشركة -

أربع سنوات اتفق الشركاء على مد المدة ثلاث سنوات أخرى ، بقيت الشركة قائمة إلى أن تنتهي المائتو السنوات ، خمس هي المدة الأصلية وثلاث امتدت لها الشركة . أما إذا انتهت الخمس السنوات ، فانقضت الشركة بانتهاءها ، وأراد الشركاء الاستمرار في العمل ، فإن الشركة التي يؤلفونها عند ذلك تكون شركة جديدة غير الشركة الأولى ، وتحتاج في إنشائها إلى إعادة الإجراءات من كتابة ونشر وغير ذلك . وكذلك إذا انتهى العمل الذي ألفت من أجله الشركة ، بأن فرغت الشركة مثلاً من بيع الأراضي المحددة التي تألفت لبيعها ، وأراد الشركاء الاستمرار في العمل بشراء أراض جديدة وبيعها ، كانت الشركة التي يؤلفونها عند ذلك هي أيضاً شركة جديدة غير الشركة الأولى^(١) .

فامتداد الشركة إذن غير تجديدها : الامتداد هو استمرار للشركة.

= إلى مدة أخرى مساوية للمدة الأولى . في هذه الحالة تمتد الشركة مدداً متوالية إلى أن ينظر أحد الشركاء الشركاء الآخرين في المياد بانتهاء الشركة (استئناف مخطط ١١ مارس سنة ١٩٢١ م ٤٣ ص ٢٨٩) . فإذا لم يكن هناك مياد محدد للإعطاء ، جاز لكل شريك أن ينظر الباقي بإنهاء الشركة في أي وقت قبل انقضاء المدة (استئناف مخطط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٦٣) .

(١) بودوى وقال ٢٣ فقرة ٣٧٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسبقة ٢ فقرة ٥١٧ - وقد يكون للشركة حل معين وتحدد لها مدة معينة على وجه تقريبي باعتبار أن هذا الحل لا يستغرق عادة مدة أطول ، فتنتهي الشركة في هذه الحالة إلى أن ينتهي العمل ولو جاوز ذلك المدة المعينة ، لأن الاتفاق يحيد تفسيره وفقاً لنية المتعاقدين . كذلك يكون للشركاء الاتفاق على تقصير الأجل ، فينتفون على حل الشركة قبل انتهاء أجلها . وتتمثل الشركة قبل حلول أجلها كذلك إذا اجتمعت كل الحصص في يد شخص واحد (استئناف مخطط ١٨ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٥ - أوبريودرو وإنجان ٦ فقرة ٣٨٤ ص ٦٣ - فورينيه فقرة ١٢٩ - بلانول وريير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٢ ص ٣٢١ - وتنص المادة ٥٢٢ (٥) من القانون المدني الليبي على أنه : « تتمثل الشركة للأغراض التالية . . . (أ) إذا زال تعدد الشركاء ولم يكون من جديد خلال ستة أشهر » . انظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع المجلد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٧ .

الأصلية ، أما التجديد فإنشاء شركة جديدة غير الشركة الأصلية . والتجديد إما أن يكون تجديداً صريحاً أو تجديداً ضمناً كما في عقد الإيجار . فالتجديد يكون صريحاً إذا اتفق الشركاء صراحة ، بعد انتهاء الشركة الأصلية بانقضاء مدتها أو انتهاء عملها ، على إنشاء شركة جديدة تغطي في نفس الأعمال التي كانت الشركة الأصلية تقوم بها . ويكون التجديد ضمناً إذا انتهت مدة الشركة أو انتهى عملها ، ومع ذلك استمر الشركاء يقومون بأعمال من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة . ويختلف التجديد الضمني عن التجديد الصريح في شيئين : (أولاً) يعتبر استمرار الشركاء في العمل في التجديد الضمني اتفاقاً على إنشاء الشركة الجديدة ، فلا حاجة إلى اتفاق صريح مكتوب كما في التجديد الصريح^(١) ، ولكن يجب النشر في التجديد الضمني كما في التجديد الصريح . (ثانياً) في التجديد الصريح يتفق الشركاء على مدة الشركة الجديدة ، أما في التجديد الضمني فقد تكفل المشرع بتحديد هذه المدة إذ تتجدد الشركة الأصلية سنة فسنة بالشروط ذاتها^(٢) . وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٧١١ من المشروع التمهيدى واضحة في هذا المعنى ، إذ كانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا مد أجل الشركة بعد انقضاء المدة المحددة لها ، كانت هناك شركة جديدة . أما إذا حصل المد قبل انقضاء المدة المحددة ، كان ذلك استمراراً للشركة الأولى^(٣) » .

(١) ولكن ترى القواعد العامة في الإثبات (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٢٧٣) .

(٢) انظر م ٢/٥٢٦ مدني ، ويلاحظ أن هذا النص يقول : « امتد العقد » ، والمقصود أنه يتجدد .

(٣) انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « هذا النص خاص بالشركات المحددة المدة . وقد أهم المشروع ، تقادياً لقزاح القائم في الفقه وانقضاء ، بتحديد الحالات التي يمتد فيها عقد الشركة ، وتلك التي ينتهي فيها وتقوم بها شركة جديدة . . . تنسحب الشركة الأولى قائمة إذا كان الاستناد قد حصل قبل انقضاء الأجل المخصص عليه . فإن كان قد اتفق على الاستناد (اقرأ التجديد) بعد انقضاء المدة المحددة ، »

وسواء امتدت الشركة أو تجددت ، فإن الدائن الشخصي للشريك ، إذا لم يجد في الأموال الخاصة لمدينه وفاء بحقه ، كان له أن يعترض على الامتداد أو التجديد ، وأن يطلب تصفية نصيب مدينه في الشركة حتى يتمكن من التضيض عليه . فيقف أثر الامتداد أو التجديد في حق دائن الشريك ، بل إن الامتداد أو التجديد لا يتم في هذه الحالة بين باقي الشركاء إلا باتفاق جديد يصدر منهم . وهنا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٦ مدني كما رأينا^(١) .

٢٢٩ - هلاك مال الشركة - نص قانوني : تنص المادة ٥٢٧ من

التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها » .

« ٢ - وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئاً معيناً بالذات وهاك هذا الشيء قبل تقديمه ، أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء^(٢) » .

هذان الشرحان الذي تقوم به ذلك هي شركة جديدة متميزة عن الأولى ، لأن انقضاء الشركة يقع بحكم القانون بمجرد حلول أجلها . كذلك في حالة الامتداد (اقرأ التجديد) للخص من طريق الاستمرار في الصلوات بعد انتهاء المدة ، تقوم شركة جديدة بنفس الشروط ، كما هو الحال بالنسبة للإيجار الجديد ... ولكن النص يحدد مدة الشركة الجديدة بسنة واحدة (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٦٩ - ص ٣٧٠) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : هو الفقرة الثالثة من المادة ٨٩٣ من تقنين طبعة والمادة ٩١٣ من التقنين اللبناني . وإذا كان دائن الشريك لا يستطيع قبل حصول القسمة (اقرأ التصفية) أن يفتد بحقه على نصيب الشريك ، فلا أقل من أن نسح له بأن يمنع الشريك من أن يؤخر استعماله لحقه في التفتد على أموال المدين (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٧٠) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٠ (ب) والمادة ٧١٢ من المشروع

التمهيدي على الوجه الآتي :

م ٧١٠ (ب) : تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : (أ) هلاك جميع مال الشركة أو هلاك جزء كبير من بحيث لا تبقى هناك فائدة في بقاء الشركة . م ٧١٧ : ١٥ - إذا كان أحد الشركاء قد تعهد أن يقدم إلى الشركة شيئاً معيناً بالثبات ، وهلك هذا الشيء قبل تقديمه إلى الشركة ، أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء . ٢ - وتنتحل الشركة أيضاً في جميع الأحوال هلاك الشيء الممنون إذا كان ما قدمه الشريك هو مجرد الانضاع بذلك الشيء مع احتفائه بالملكية لنفسه . وفي لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التفتين للمنفى الجديد ، وصار رقمه ٥٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للتبويب تحت رقم ٢٧٧ (مجموعة الأعمال التصديرية ؛ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٤) .

ويقابل النص في التفتين للمنفى السابق م ٤٤٥/٤٤٢ ثالثاً : تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : (ثالثاً) هلاك جميع مال الشركة أو هلاك منظمه بحيث لا تمكن إدارة مال، فلتع بالباقي . (وأحكام التفتين السابق تتفق مع أحكام التفتين الجديد) .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين للمنفى السوري م ٤٩٥ (مطابق) .

التفتين للمنفى الليبي م ٥٢٢ (ب) : تنحل الشركة للأسباب الآتية : (أ) هلاك مالها كلياً أو بقدر جسم بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها .

م ٥٢٧ ٢... - وكذلك يجوز فصل الشريك إذا تدم حصة عملا في الشركة أو على أساس الانضاع بشئ ما إذا أصبح غير صالح لقيام بمسلة أو هلك الشيء الذي قدمه لسبب خارج عن المدينين . ٣ - كما يجوز فصل الشريك الذي اقترن بتقديم ملكية شيء إذا هلك ذلك الشيء قبل اكتساب ملكيته من قبل الشركة . (ويختلف التفتين الليبي عن التفتين المصري في أن التفتين الأول يقضى بأنه إذا حلكت حصة الشريك قبل تسليمها أو هلك الشيء المستفيع به ولو بعد تسليمه ، فإن الشريك وحده هو الذي يفصل ولا تنحل الشركة) .

التفتين للمنفى العراقي ٦٤٦ (ب) : تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : (أ) هلاك جميع مال الشركة أو هلاك جزء كبير من بحيث لا تبقى هناك فائدة في بقاء الشركة . (وأحكام التفتين العراقي تتفق مع أحكام التفتين المصري - انظر الأستاذ حسن الفتون ققرة ١٣٦) .

تفتين الموجبات والنفود اللبناني م ٩١٠ (ثالثاً) : تنتهى الشركة . . (ثالثاً) هلاك للمال المشترك أو هلاك قسم واخر من لا يتبقى بعده القيام باستثمار مفيد .

م ٩١١ : إذا قدم أحد الشركاء لشركة حق الانضاع بشئ معين ، فهلاك هذا الشيء قبل تسليمه أو بعده يقضى بحل الشركة بين الشركاء . ويجرى حكم هذه القاعدة عندما لا يستعمل حل الشريك الذي وعد بتقديم مساهمته أن يقوم بالعمل . (وأحكام التفتين اللبناني في مجموعها تتفق مع أحكام التفتين المصري) .

ويخلص من هذا النص أن الشركة تنقضى بهلاك مالها ، بأن يتلف أو يضيع أو تستغله الخسائر^(١) ، دون أن يتفق الشركاء على تمويض ما هلك منه بزيادة الحصص ، ودون أن تموض الشركة عن الهلاك^(٢) .

فإذا هلك مال الشركة على هذا الوجه^(٣) ، لم تجد ما تستطيع أن تستمر به في أعمالها ، ويتحتم أن تنقضى بمجرد هلاك المال . وليس من الضروري أن يكون هلاك المال مادياً ، بل يصح أن يكون معنوياً كما لو سحبت الرخصة التي تتيح للشركة القيام بعملها أو أبطل حق الاختراع الذي تستغله^(٤) .

وليس من الضروري أن يهلك كل المال ، بل يكفي أن يهلك جزء كبير منه بحيث لا يكفي الباقي بأن تقوم الشركة بعمل نافع . فإذا هلكت مباني الشركة بسبب حريق مثلاً ، وكانت المباني هي العنصر الأساسي في رأس المال ولا تستطيع الشركة بعد حريق المباني أن تواصل عملها ، انقضت ، إلا إذا كانت المباني مؤتمناً عليها وقبضت الشركة مبلغ التأمين فإنها تبقى وتعيد المباني . وليس هناك حد ثابت للهلاك الجزئي يجب الوصول إليه لانهاء الشركة ، والأمر متروك لتقديره إلى القاضى عند الخلاف بين الشركاء ، فإذا رأى أن الشركة لا تستطيع مواصلة العمل بالباقي من مالها حكم بأن الشركة قد انقضت . وقد ينص عقد تأسيس الشركة على نسبة معينة للهلاك الجزئي ،

(١) حتى لو لم يكن هناك خطأ أو تقصير أو سوء إدارة من أحد (استئناف مخطط ٢ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٨٢) .

(٢) إذ قد تموض عن الهلاك كما لو كانت مؤمنة على المال فتقضى مبلغ التأمين ، أو كان هناك مسئول عن هلاك المال ترجع عليه الشركة بالتأميض .

(٣) استئناف مخطط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٣٧ ص ٣٧٩ .

(٤) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٣٧٩ - بلانيول وديير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٣

كأن يتفق على أنه إذا هلك نصف أموال الشركة أو ثلثها اعتبرت الشركة منقضية^(١).

ويلحق بهلاك مال الشركة أن تهلك حصة أحد الشركاء إذا كانت هذه الحصة شيئاً معيناً بالذات تمهد الشريك بتقديمه ملكية أو منفعة ، وهلك قبل تسليمه للشركة^(٢) . وقد رأينا أن تبعه هلاك الشيء المعين

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

٣٦٧ .

(٢) أما إذا كان ما قدمه الشريك هو تمكين الشركة من الانضاع بالشيء المعين بالذات ، (وهو التزام شخصى بالقيام بعمل) ، فإن الشركة تتحلل إذا هلك هذا الشيء ، سواء كان الهلاك قبل تسليمه للشركة أو بعد التسليم . ذلك أن الشريك فى الحالاتين يتحمل تبعه الهلاك ، فلا يبعد ، بعد الهلاك ولو بعد التسليم ، مسلماً بحصة فى رأس المال ، فتتحلل الشركة . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً خاصاً فى هذا المعنى هو الفقرة الثانية من المادة ٧١٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « وتتحلل الشركة أيضاً فى جميع الأحوال بهلاك الشيء المعين ، إذا كان ما قدمه الشريك هو مجرد الانضاع بذلك الشيء ، مع احتفاظه بالملكية لنفسه » (انظر آتفاً نفس الفقرة فى الحاشى) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : « والفقرة الثالثة خاصة بحصة الشريك التى تكون مجرد الانضاع بالمال ما ، مع احتفاظه بالملكية . فى هذه الحالة يكون حل الشريك التزام مستمر هو أن يمكن الشركة من الانضاع بالشيء المدة المتفق عليها ، فإذا هلك الشيء أصبح مستحيلًا عليه الوفاء بالتزامه هذا ، وتعتمد حصته فى الشركة . وعلى ذلك تتحلل الشركة فى كل الحالات ، سواء أكان الهلاك بعد تقديم الشيء لشركة أم قبل ذلك ، مادام الهلاك قد حصل بقوة قاهرة ، كما هو الحال بالنسبة لانتهاج الإيجار خلوك المين المؤجرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٤) .

كذلك تتحلل الشركة إذا كانت حصة أحد الشركاء عملاً وعجز الشريك ، قبل قيام الشركة أو بعد قيامها ، من أن يقوم بهذا العمل (انظر م ٢/٥٢٧ ليسى وم ٩١٩ لبنان آتفاً نفس الفقرة فى الحاشى) .

أما إذا كانت حصة الشريك حقاً عينياً هو حق المنفعة فى الشيء ، فهلاك الشيء قبل التسليم يكون حل الشريك وتتحل الشركة ، وهلكه بعد التسليم يكون حل الشركة ولا تتحلل (بلانويل وويلير وليبارفيو ١١ ققرة ١٠٥٤) .

بالذات الذى تمهد أحد الشركاء بتقديمه حصة فى الشركة تكون قبل التسليم على الشريك . ولكن الشريك فى هذه الحالة لا يلزم بتقديم بدل عن الشيء الذى هلك ، وإذا هو لم يتفق مع سائر الشركاء على تقديم هذا البدل فلا إيجابار عليه فى ذلك ، وله أن ينسحب من الشركة . فتصبح الشركة على هذا النحو فى وضع لم تستكمل فيه جميع رأس مالها ، ويترتب على ذلك انعدام عنصر أساسى من عناصر الشركة وهو مساهمة كل شريك بحصة فى رأس المال^(١) . وهذا لا يمنع من أن يتفق باقى الشركاء على بقاء الشركة فيما بينهم بالرغم من انسحاب الشريك الذى هلكت حصته ، بل لا يوجد ما يمنع كما قلنا من الاتفاق مع هذا الشريك على أن يبقى ويقدم حصة بدلا من الحصة التى هلكت .

ويلاحظ أن هلاك حصة الشريك قبل تسليمها للشركة يجعل الشركة تنحل ، حتى لو كانت الحصص الباقية كافية لقسام الشركة بأعمالها . أما هلاك هذه الحصة ذاتها بعد تسليمها للشركة فلا يجعل الشركة تنحل ، إذا كان الباقي من مال الشركة كافياً لاستمرارها فى العمل . والفرق بين الفرضين أنه فى حالة هلاك حصة الشريك قبل تسليمها للشركة يصبح الشريك غير مساهم فى رأس مال الشركة ، لأن الحصة تهلك عليه لا على الشركة . أما بعد تسليم الحصة للشركة ، فهلاكها على الشركة لا عليه ، ويصبح هو مساهماً فى رأس مال الشركة بالرغم من هلاك الحصة .

المطلب الثانى

أسباب الانقضاء التى ترجع إلى الشركاء

٢٣٠ - طائفة من الأسباب : وأسباب انقضاء الشركة التى ترجع

(١) استئناف مخطوط ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٧ - وانظر المذكرة الإيضاحية

لشروع التجهيز فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٣ - انظر أيضاً فقرة ٦٥٦ .

إلى الشركاء تنقسم إلى طائفتين من الأسباب : (١) موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه (٢) انسحاب أحد الشركاء من الشركة أو إجماع الشركاء على حلها .

٢٣١ - موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه :

نص قانوني : تنص المادة ٢٨٠ من القانون المدني على ما يأتي :

١ - تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه .

٢ - ومع ذلك يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ، ولو كانوا قسراً .

٣ - ويجوز أيضاً الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب وفقاً لأحكام المادة التالية ، تستمر الشركة فيما بين الباقيين من الشركاء . وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه في أموال الشركة ، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته وقت وقوع الحادث الذي أدى إلى خروجه من الشركة ويدفع له نقداً . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ، إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على ذلك الحادث^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٠ (س) والمادة ٧١٣ من المشروع

التهدي على الوجه الآتي : م ٧١٠ (س) :

« تنهى الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (س) بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإنهاء إعساره أو إفلاسه أو بتصفية أمواله تصفية قضائية » - م ٧١٣ : « يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء أو أعسر أو إفلاسه أو إعساره أو صفيت أمواله تصفية قضائية أو انسحب من الشركة ، فإن الشركة تستمر بين الباقيين من الشركاء ، وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه في أموال الشركة ، ويقدر نصيبه حسب قيمته وقت وقوع الحادث الذي أدى إلى خروجه من الشركة ، ويدفع إليه نقداً . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك =

« من حقوق إلا يقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة حل ذلك الحادث » . وفي لجنة لمراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المكنى الجديد ، وصار رقمه ٥٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ ، وقد جاء في ملحق لتقريرها ما يأتي : « اقترح أن تضاف إلى الفقرة الثانية من المادة ٥٢٨ عبارة : « ما لم تر الجهة المختصة بالنظر في شؤون القصر غير ذلك ، توغياً لحماية حقوق ناقص الأهلية . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن جواز الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك مسألة مبدئية يجب أن يفصل فيها لذاتها أولاً . وما من شك في أن الاتفاق على استمرار الشركة مع البالغين من ورثة الشريك جائز ولا اعتراض عليه ، فالوارث يؤول إليه من مورثه حقه في الشركة لا في الأيمان والأموال المملوكة للشركة ، مادامت فكرة التشخيص المعنوي للشركات قد تقررت . وهذا الوضع لا ينبغي أن يتغير بسبب قصر ورثة الشريك ، وفي الإجراءات المقررة في قانون المحاكم الحسبية والأحكام الأخرى الواردة في باب الشركات ما يكفل حمايتهم . حل أنه يلاحظ أن هذا الحكم لا يسرى إلا باتفاق خاص . والشريك لا يرتضى ذلك إلا إذا كان لديه من الاعتبارات ما يجعله مهنئاً إلى مستقبل وارثه . أما ترك الأمر لتقدير الجهة المختصة بالنظر في شؤون القصر ، فلا يتسنى مع استقرار التعامل » . ثم وافق مجلس الشيوخ حل النص تحت رقم ٥٢٨ « مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٦ وص ٣٧٨ - ص ٣٨١ » .

ويقابل النص في التفتين المكنى السابق م ٤١٥/٤٢ (رابياً) : تنبئ الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (رابياً) بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإفلاسه إذا لم يشترط في عقد الشركة شيء في شأن ذلك ، مع عدم الإخلال بالأصول الخصوصية المتعلقة بالشركات التجارية التي لا تنفك بموت أحد الشركاء الغير المتضامن أو إفلاسه أو الحجر عليه . (وأحكام التفتين السابق تتفق مع أحكام التفتين الجديد) .

ويقابل النص في التفتينات المكنية البرية الأخرى :

التفتين المكنى السوري م ٤٩٦ (مطابق) :

التفتين المكنى الليبي م ٥٢٥ : في حالة وفاة شريك يجب حل الشركاء الآخرين أن يصفوا حصة الورثة ، ما لم يفضلوا حل الشركة أو الاستمرار فيها مع الورثة أنفسهم إذا وافقوا عليه ، ما لم يوجد نص في عقد الشركة يقضي بخلاف ذلك .

م ٥٢٨ ١ - يفصل بقوة القانون كل شريك أشهر إفلاسه . ٢ - وكذلك يفصل بقوة القانون كل شريك تحصل دائن من دائنيه الموصيين حل تصفية حصته بمقتضى المادة ٥٢٠ . وانظر أيضاً المادة ٥٢٩ وسيأتى ذكرها (انظر ما يلى فقرة ٧١١ في المامش) .

(وينحذف التفتين الليبي في أن الإفلاس أو الإصهار لا تنسل به الشركة ، ولكن يفصل الشريك المفلس أو المصروعين الشركة قائمة بين سائر الشركاء . وجعل التفتين الليبي الحجر على أحد الشركاء سبياً في فصله : انظر م ٥٢٧/١ ليبي) .

وخلص من هذا النص أن الشركة تنقضى إذا مات أحد الشركاء .
فلا تحمل ورثته محله ، إذ أن شخصية الشريك في الشركات المدنية تكون

= التقنين المدني العراقي م ٦٤٦ (٥) : تنهى الشركة بأحد الأمور الآتية : .. (٥) بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإشهار إفلاسه . م ٦٤٨ (موافقة للقوانين ٢ و ٣ من المادة ٢٨٨ مصرية) . (وأحكام التقنين العراقي تنفق مع أحكام التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٧ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والنفود اللبناني م ٩١٠ (رأياً وخاسماً) : تنهى الشركة : .. (رأياً) ب وفاة أحد الشركاء أو بإعلان غيبته أو بالحجر عليه لعله عقلية ، ما لم يكن هناك اتفاق على استمرار الشركة مع ورثته أو من يقوم مقامه أو على استمرارها بين الأحياء من الشركاء . (خاسماً) بإعلان إفلاس أحد الشركاء أو تصفيته القضائية .

م ٩١٦ : إذا نص على أن الشركة تدوم بعد وفاة أحد الشركاء على أعمالها مع ورثته ، فلا يكون لهذا النص مفعول إذا كان الوارث فائده الأهلية . على أنه يحق للقاضي مدى الصلاحيات أن يأذن للقاصرين أو لفائده الأهلية في مواصلة الشركة إذا كان لم يفي ذلك مصلحة ذات شأن ، بأن يأمر في هذه الحالة بجميع التدابير التي تقتضيها الظروف لصيانة حقوقهم .

م ٩١٨ : في الحالة المنصوص عليها في المادة ٩١٤ وفي جميع الأحوال التي تنحل فيها الشركة بسبب وفاة أحد الشركاء أو غيبته أو الحجر عليه أو إعلان عدم ملأته أو بسبب قصر أحد الورثة ، يجوز لسائر الشركاء أن يدوموا على الشركة فيما بينهم باستصدار حكم من المحكمة يقضى بإخراج الشريك الذي كان السبب في حل الشركة . وفي هذه الحالة يحق للشريك المخرج أولورثة المتوفى أو غيرهم من المشتلين القائلين المتوفى أو المحجور عليه أو للقائبات أو المصير ، أن يستوفوا نصيب هذا الشريك من مال الشركة ومن الأرباح بعد أن تجري نصفيتها في اليوم الذي تقرر فيه الإخراج . ولا يشتركون في الأرباح والخسائر التي تحصل بعد هذا التاريخ إلا بقدر ما تكون ، أي الأرباح والخسائر ، نتيجة ضرورية مباشرة للأعمال التي سبقت إخراج الشريك الذي يخلفونه أو غيبته أو وفاته أو إصاذه . ولا يحق لهم المطالبة بأداء نصيبهم إلا في التاريخ المعين للتوزيع بمقتضى عقد الشركة .

م ٩٢٠ : إن ورثة الشريك المتوفى ملزمون بالموجبات التي تترتب على ورثة الوكيل . (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصري ، إلا أن التقنين اللبناني يتطلب إذناً من الجهة المختصة لجواز استمرار ورثة الشريك القصر في الشركة ، وينص على أن المحجر يكون لعله عقلية ، وينص على النية ، ويستلزم استصدار حكم من المحكمة لإخراج الشريك الذي كان السبب في حل الشركة حتى يتمكن باقي الشركاء من استيفاء الشركة فيما بينهم . ويلزم ورثة الشريك المتوفى بما يلزم به ورثة الوكيل) .

هائماً محل اعتبار وتقوم الشركة على الثقة الشخصية ما بين الشركاء .
والشركاء إنما تعاقدوا بالنظر إلى صفات الشريك الشخصية لا إلى صفات
الورثة^(١) . على أنه لا يوجد ما يمنع من أن ينص في عقد الشركة على
أنه في حالة موت أحد الشركاء تبقى الشركة قائمة ، ويحل الورثة محل
الشريك الذي مات^(٢) . فيبين عندئذ أن الشركاء لم يتعاقدوا بالنظر إلى
صفات الشريك ، وأنه لا مانع عندهم من أن يحل محل الشريك ورثته .
وقد يكون هذا الاتفاق ضمناً ، كما إذا اتفق الشركاء في عقد الشركة
على جواز تنازل الشريك عن حقه في الشركة لأجنبي وإحلال المتنازل له
محله في الشركة^(٣) ، فيفهم من ذلك أنه لا يوجد مانع عند الشركاء من أن
يحل محل الشريك غيره ، وإذا جاز للأجنبي أن يحل محل الشريك فأولى أن
يحل محله الورثة^(٤) . فإذا وجد اتفاق صريح أو ضمنى على هذا النحو^(٥) ،
ومات أحد الشركاء ، فإن الشركة لا تنقضى بل تبقى قائمة ، ويحل محل

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان المقرر قانوناً أن شركة الأشخاص
تنقضى بوفاة أحد الشركاء . فإن المقرر علماً وعملاً أنه عقب الوفاة يجب تعيين مصف للشركة ،
فإن لم يمين كان باقى الشركاء هم المصفون لها . ويحدث هذا خصوصاً إذا كانت الشركة مكونة
من شخصين ، فوفاة أحدهما تجعل الثانى مصفياً لها . فإن استمر الثانى فى أعمال الشركة ولم يصفها
فهو مسئول عن عمله هذا ، ولورثة الشريك الحق فى التصديق على تصرفه أو فى عدم إجازته .
فلذا لم تتم التصفية تعتبر الشركة قائمة بين الشركاء أو بين ورثتهم من قبيل التجاوز للمصلحة ،
وإلا خاضعت حقوق الشركاء (٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٦٠) .

(٢) استئناف مصر ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٦٤ .

(٣) بلانيول وبيير وليبارنيير ١١ بقرة ١٨٥٨ ص ٣٤٠ - ص ٣٤١ .

(٤) وقد يمين الشركاء فى الشركة بعد موت لمستهم ، فيكون هذا منهم اتفاقاً ضمناً
على بقاء الشركة ، فتكون الشركة قد انحلت بالموت ثم حصل اتفاق ضمناً على استمرارها
بين الشركاء . (قارن محكمة الاسكندرية الوطنية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية رقم
١٥٢ ص ١٣) .

(٥) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

الشريك الذي مات ورثته ، ولو كان هؤلاء الورثة قصرأ دون حاجة إلى إذن من المحكمة^(١) . ويمثل الورثة القصر في الشركة الولي أو الوصي^(٢) . وقد يعترض على الحكم بأن ورثة الشريك يصبحون شركاء دون رضائهم ، ولكن يسهل دفع هذا الاعتراض إذا لوحظ أن الورثة يؤول إليهم من مورثهم حقه في الشركة لا في الأعيان والأموال المملوكة للشركة ، فيجلبون أنفسهم شركاء وقد دفع مورثهم الحصة عنهم . وهذا الوضع لا ينبغي أن يتغير بسبب قصر ورثة الشريك ، وفي الإجراءات المقررة في قانون المحاكم الحسبية (قانون الولاية على المال) والأحكام الأخرى الواردة في باب الشركات ما يكفل حمايتهم . على أنه يلاحظ أن هذا الحكم لا يسرى إلا باتفاق خاص^(٣) ، والشريك لا يرتضى ذلك إلا إذا كان لديه من الاعتبار ما يجعله مطعناً إلى مستقبل وارثه ، أما ترك الأمر لتقدير الجهة المختصة بالنظر في شؤون القصر فلا يتمشى مع استقرار التعامل^(٤) .

(١) استئناف مخطط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٣ - انيسكلوبيدي دالوز
• لفظة *société civile* فقرة ١٤٩ - وينقسم النصب على الورثة إلا إذا نص عقد الشركة أن يكون غير قابل للانقسام بالنسبة إلى الشركة : بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٨١ .
(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع المتهدي في مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٦٨ وص ٣٧٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يصح القول باستمرار الشركة بعد وفاة أحد الشركاء إلا باتفاق صريح ، أو إذا كانت طبيعة عمل الشركة والنرض من إنشائها يتضم مه استمرارها رغم موت أحد الشركاء حتى يتم الصل الذي أنشئت من أجله . وإذن فإذا قال المحكم باستمرار الشركة بناء على أن الاتفاق على استمرارها مستفاد من الفكرة في إنشاء المثل التجاري الذي هو عملها والنرض الذي توخاه الشريكان ونوع التجارة وما بين الشريكين من صلة الأروعة والبنقة المتبادلة الق الخ ، فكل ما قاله من ذلك لا يصح أن يترتب عليه وجوب استمرار الشركة ، وخصوصاً إذا كان من بين ورثة الشريك المتوفى قصر لا أهلية لهم (نقض مدق ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٥ ص ٣٣٨) .

(٤) انظر ملحق تقرير مجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٣٨٠ - ص ٢٨١ - وانظر أيضاً نفس الفقرة في الماش - بودري وقال ٢٣ فقرة ٣٩٤ - بلانيول -

وكما يجوز أن ينص في عقد تأسيس الشركة أن الشركة تبقى مع وريثة من يموت من الشركاء ، كذلك يجوز النص على أن الشركة تبقى بين الباقي من الشركاء وحدهم^(١) . وفي هذه الحالة الأخيرة يأخذ الورثة نصيب مورثهم في الشركة نقداً ، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته وقت موت الشريك ، ولا يكون للورثة نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على موت الشريك (م ٣/٥٢٨ مدني) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « كذلك يمكن الاتفاق على أن الشركة لا تنحل بوفاة أحد الشركاء . . . بل تستمر بين بقية الشركاء ، ويقصد بهذا الشرط تفادى حل شركة ناجحة وقسمتها قسمة عينية . فيستولى (وريثة) الشريك . . على قيمة الحصة نقداً ، حتى لو لم يذكر ذلك صراحة في الشرط . وتقدر الحصة باعتبار قيمتها النقدية يوم الوفاة . . ولا ينظر إلى ما يتم بعد ذلك من عمليات إلا إذا كانت نتيجة لازمة لعمليات سابقة . ولما كان هذا التقدير يتطلب مصاريف باهظة ، كما أن الوفاء بقيمة الحصة دفعة واحدة يؤثر في مركز الشركة المالى ، فإنه غالباً ما يتفق في العمل على تقدير الحصة بحسب آخر جرد^(٥) عمل قبل تحقق الحادث الذى أدى إلى خروج الشريك

= وريث و ليارنيير ١١ فقرة ١٠٥٨ - وإذا استمر أحد الورثة دون الباقي ، كان استمراره هذا سارياً عليه وحده لا على سائر الورثة إلا إذا قبل هؤلاء (استئناف وطنى ١٣ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٣٨) . وقد ينص على أن الشركة تبقى مع أحد الورثة أو بعضهم دون الباقي ، فيصح ذلك ويكون هذا اشتراطاً لمصلحة هؤلاء الورثة إذا أفروه نقد ، ولا يجبرون عليه وإلا كان ذلك تعاملاً في تركة مستقبلية (بلانيول وريثير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٩٨) .

(١) وقد ينص في عقد الشركة أنه عند موت أحد الشركاء يكون باقى الشركاء بالخير : إما في حل الشركة ، وإما في بقائها فيما بينهم وحدهم ، وإما في بقائها مع وريثة الشريك الذى مات (بلانيول وريثير و ليارنيير ١١ فقرة ١٠٦٠) .

(٢) انظر في تقدير النصيب بحسب آخر جرد بلانيول وريثير و ليارنيير ١١ فقرة

١٠٥٧ (٢) - فقرة ١٠٥٧ (٥) .

(الوفاة) ، كما يتفق على أن تدفع قيمة الحصة على أقساط سنوية (١) .

وبمخلص من نص المادة ٥٢٨ مدني السالف الذكر أيضاً أن الشركة تنقضي بالحجر على أحد الشركاء (٢) أو بإعساره أو إفلاسه (٣) ، فلا يحل القيم على المحجور عليه في الشركة أو يحل السنديك محل الشريك المفلس . وانقضاء الشركة بالحجر أو الإعسار أو الإفلاس إنما يقوم على نفس الاعتبارات التي يقوم عليها انقضاء الشركة بموت أحد الشركاء ، فكما لا يجوز أن تحمل الورثة محل الشريك في الشركة لأن الشريك قد لوحظت شخصيته ، كذلك لا يجوز أن يحل محل الشريك القيم أو السنديك أو غير ذلك من الممثلين . هذا إلى أنه بالإعسار أو الإفلاس يجب تصفية أموال المهرس أو المفلس ، ويدخل في ذلك نصيبه في الشركة ، فيخرج هذا الشريك ، ومن ثم تتحل الشركة بخروجه . بل لا يجوز هنا أن يتفق الشركاء في عقد تأسيس الشركة على أنه في حالة الحجر على أحد الشركاء أو إعساره أو إفلاسه تبقى الشركة قائمة بين باقي الشركاء ومثل هذا الشريك ، كما جاز ذلك عند موت أحد الشركاء وبقاء الشركة مع ورثة هذا الشريك . ذلك أن الشريك يستطيع أن يلزم ورثته بالحلول محله في الشركة ، ولكنه لا يستطيع أن يلزم ممثله بذلك إذا هو حجر عليه أو أعسر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨ .

(٢) وقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « والحجر أيضاً يترتب عليه بحكم القانون إغلال الشركة ، ويستوى في ذلك أن يكون الحجر قانونياً بناء على عقوبة جنائية أو قضائياً لته أو جنون أو سفه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٨) .

وانظر أيضاً بلانويول وديير وليندنيير ١١ فقرة ١٠٦١ .

(٣) وكالإفلاس التصفية القضائية (بلانويول وديير وليندنيير ١١ فقرة ١٠٦٢ - بودري وقال ٢٣ فقرة ٤٢٤) . وإذا أغل أحد الشريكين فانحلت الشركة بإفلاسه قبل ميعادها ، جاز للشريك الآخر الرجوع عليه بتسويض لأنه تسبب في حل الشركة قبل الميعاد (استئناف مخطط ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٢) .

أو أفلس ، فضلاً عن وجوب تصفية أموال المصير أو المفلس كما سبق القول . وإنما يجوز أن ينص في عقد الشركة على أنه إذا حُجر على أحد الشركاء أو أعسر أو أفلس ، أو انسحب من الشركة وفقاً للمادة ١/٥٢٩ مدني وسيأتي ذكرها ، تبقى الشركة قائمة بين باقي الشركاء وحلهم^(١) . وفي هذه الحالة يُعطى للممثل الشريك الذي حُجر عليه أو أعسر أو أفلس ، أو للشريك الذي انسحب ، نصيبه في الشركة تقديراً مقلداً بحسب قيمته يوم الحجر أو الإعسار أو الإفلاس أو الانسحاب ، وتنتج في ذلك القواعد التي سبق أن ذكرناها في إعطاء ورثة الشريك الذي مات نصيب مورثهم في الشركة ، فلا يكون للشريك الذي خرج من الشركة نصيب فيما يستجد من الحقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على خروج الشريك ، ويصح الاتفاق على تقدير نصيب الشريك بحسب آخر جرد عمل قبل خروجه ، كما يصح الاتفاق على أن تدفع قيمة النصيب على أنساط سنوية^(٢) .

٢٣٢ - انسحاب أحد الشركاء أو إجماع الشركاء على حل الشركة -

نص قانوني : تنص المادة ٥٢٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة ، على أن يعلن الشريك لإرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ، وألاً يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق .
- ٢ - وتنتهي أيضاً بإجماع الشركاء على حلها^(٣) .

(١) ويجوز في فرنسا الاتفاق على بقاء الشركة بين كل الشركاء بالرغم من الحجر على أحدهم ، ويمثل المحجور عليه القيم (بودي وقال ٢٣ فقرة ٤١٨ - بلانيول وريبير وليبارفيو ١١ فقرة ١٠٦١) .

(٢) بودي وقال ٢٣ فقرة ٤٠٧ - فقرة ٤٠٨ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٠ (٥-و-ز) من المشروع -

٥- التمهيد على الوجه الآتي : تنهى الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (أ) بالتسحب أحد الشركاء إذا كانت مدة الشركة غير محددة ، على أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب وأن يتم هذا الإعلان قبل الانسحاب بثلاثة أشهر ، وعلى ألا يكون الشريك قد انسحب من غش أو في وقت غير لائق . (و) بإخضاع الشركاء على حلها . (ز) بحكم قضائي يصدر بحل الشركة . . وفي لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطلقاً مع ما استقر عليه في التقنين المعلق الجديد ، فيما حدا أن المشروع يقضي بوجوب أن يتم إعلان إرادة الشريك في الانسحاب قبل الانسحاب بثلاثة أشهر ، وصار النص رقمه ٥٥٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حلت مدة الثلاثة الأشهر واكتفى بأن الشريك الذي يريد أن ينسحب من شركة غير معينة المدة يعلن انسحابه إلى سائر الشركاء قبل حصوله دون تقييد بزمان ، على ألا يكون الانسحاب واقعاً من غش أو في وقت غير لائق ، لأن قيد المدة قد يكون مرهقاً لا يخلق مع قواعد العدالة ، وصار النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المعلق الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٨٢ - ص ٢٨٤) .

ويقابل النص في التقنين المعلق السابق م ٤٤٥/٤٤١ (غامساً وسادساً) : تنهى الشركة بأحد الأمور الآتية : (غامساً) بإرادة أحد الشركاء . (سادساً) بانفصال أحد الشركاء من الشركة إذا كانت مدة الشركة ليست معينة ، بشرط ألا يكون هذا الانفصال سبباً على غش ولا في غير الوقت اللائق له . (وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات الفنية العربية الأخرى :

التقنين المعلق السوري م ٤٩٧ (مطابق) .

التقنين المعلق الليبي م ٥٢٢ (و) : تنحل الشركة للوجوب التالية : . . (و) بإخضاع

الشركة على حلها .

م ٥٢٦ : ١ - يجوز لكل شريك أن ينسحب من الشركة إذا كانت مدتها غير محددة بزمان أو موقوفة على حياة أحد الشركاء . ٢ - ويجوز له أيضاً أن ينسحب من الشركة في الأحوال التي ينص عليها عقد الشركة أو إذا ظهر سبب مبرر لذلك . وفي الحالتين المنصوص عليهما في الفقرة الأولى من هذه المادة يجب على الشريك أن يعلن إرادته إلى الشركاء الآخرين قبل ثلاثة أشهر على الأقل من انسحابه . (وأحكام التقنين الليبي في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما حدا أن التقنين الليبي يحل مباداً إعلان الانسحاب ثلاثة أشهر) .

التقنين المعلق العراقي م ٦٤٦ (أ - و) : تنهى الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (أ) بانسحاب أحد الشركاء من الشركة إذا كانت مدة الشركة غير محددة ، على أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب لسائر الشركاء قبل حصوله بثلاثة أشهر ، وعلى ألا يكون انسحابه من غش أو في وقت غير مناسب . (و) بإخضاع الشركاء على حلها . (وأحكام التقنين العراقي تتفق -

ويخلص من هذا النص أنه إذا كانت الشركة غير معينة المدة ، جاز لأي شريك أن ينسحب منها بشروط معينة ، ويترتب على انسحابه انقضاء الشركة .

فيجب إذن لجواز انسحاب الشريك أن تكون الشركة غير معينة المدة ، فإذا كانت مدتها معينة من حيث الوقت أو من حيث العمل ، بأن كانت مدتها مثلاً خمس سنوات أو كان العمل الذي تقوم به هو بيع أراضٍ محددة ، لم يميز للشريك أن ينسحب منها ، ووجب عليه البقاء إلى انتهاء المدة أو إلى انتهاء العمل . وليس له في هذه الحالة إلا أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٥٣١ مدني وسيأتي بيانها . أما إذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محدودة العمل ، فقد أجاز القانون لكل شريك ، كما قلنا ،

مع أحكام التقنين المصري فيما عدا أن التقنين العراقي استبقى مدة إعلان الانسحاب ثلاثة أشهر - انظر الأستاذ حسن الزنون ص ١٤٥ وما بعدها) .

تقنين الميرجيات والقعود اللبناني م ٩١٠ (سادساً وسابعاً) : تنهى الشركة : . . (سادساً) باتفاق الشركاء ، (سابعاً) بمفول شريك أو أكثر ، إذا كانت مدة الشركة غير معينة بمقتضى العقد أو بحسب ماهية العمل الذي جعل موضوعاً للشركة .

م ٩١٥ : إذا لم تكن مدة الشركة معينة بمقتضى العقد أو بحسب ماهية العمل ، كان لكل من الشركاء أن يعدل عن الشركة بإبلاغه هذا المفول إلى سائر الشركاء ، بشرط أن يكون صادراً من ثية حسنة وألا يقع في وقت غير مناسب . لا يعتبر المفول صادراً من ثية حسنة إذا كان للشريك الذي عدل يقصد الاستعانة بالتمنعة التي كان الشركاء حازمين على اجتنابها بالاشتراك . ويكون المفول واقعاً في وقت غير مناسب إذا حصل بعد الشروع في الأعمال فأصبح من مصلحة الشركة أن يؤجل انخراطها ، وفي جميع الأحوال لا يكون للمفول مفعول إلا منذ انتهاء سنة الشركة ، ويجب أن يصرح به قبل هذا التاريخ بثلاثة أشهر على الأقل ، ما لم يكن ثمة أسباب هامة . وانظر أيضاً م ٩١٩ فيما يلى فقرة ٢٢٨ في الملحق .

(وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري ، إلا أن التقنين اللبناني يحدد مدة إعلان الانسحاب ثلاثة أشهر أو يحل الانسحاب لا يتم إلا بعد انتهاء سنة الشركة متى تم فيها الإعلان ، وذلك ما لم يكن ثمة أسباب هامة) .

أن ينسحب منها . إذ لا يجوز لشخص أن يرتبط بالالتزام يقيد حريته إلى أجل غير محدد ، لتعارض ذلك مع الحرية الشخصية التي هي من النظام العام ، وكل اتفاق على خلاف ذلك يكون باطلاً^(١) . وتقاس هذه الحالة على عقد العمل غير محدد المدة (م ٢/٦٩٤ مدني) أو على عقد الإيجار غير محدد المدة (م ٥٦٣ مدني) ، حيث يجوز لكل من المتعاقدين أن يضع حداً لعلاقته مع المتعاقد الآخر بإخطار يصدر منه وحده . وتعتبر الشركة غير معينة المدة إذا حددت لها مدة حياة الشركاء ، أو مدة طويلة تستغرق العمر العادي للإنسان^(٢) . وقد تكون الشركة غير معينة المدة ومع ذلك لا يجوز للشريك أن ينسحب منها ، إذا كان له الحق في التنازل عن نصيبه في الشركة دون قيد أو شرط . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « لأن القصد من تقرير هذا الحق للشريك هو السماح له بأن يتحلل في أى وقت يشاء من الالتزام الذى يقيد حريته لمدة غير محددة . وإذا كان يجوز له في أى وقت بلا قيد ولا شرط أن يخرج من الشركة عن طريق التنازل عن حصته ، فإنه لا يمكن مطلقاً تبرير حقه في الانسحاب بمجرد إرادته المنفردة فيقضى بذلك على الشركة . والفقه والقضاء مجمعان على هذا الرأى : استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٣ ،^(٣) .

(١) لوران فقرة ٣٩٦ - جيوار فقرة ٣٣٢ - أوبرى ورو وإسان فقرة ٣٨٤ ص ٦٤ . الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٥٣٣ - عكس ذلك بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٣٨ - بلانيول وديبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٣ ص ٣٤٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٨ - وانظر أيضاً لوران فقرة ٣٩٥ - جيوار فقرة ٣٢٤ وما بعدها - أوبرى ورو وإسان ٦ فقرة ٣٨٤ (١٣) (١٤) - بلانيول وديبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٣ - نورليه فقرة ١٢٧ - وانظر عكس ذلك بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٤٠ - فقرة ٤٤١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٨ - ص ٣٦٩ - وانظر عكس ذلك بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٤٦ .

فإذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محددة العمل ولم يكن للشريك حق التنازل عن نصيبه في الشركة دون قيد ولا شرط ، جاز له ، كما قلنا ، أن ينسحب من الشركة . ولكن يشترط لجواز انسحابه أن يعلن لإرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ، وأن يكون حسن النية في الانسحاب ، وألا ينسحب في وقت غير لائق^(١) . إما إعلان الانسحاب فليس له شكل خاص ، فيصح أن يكون على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفويا^(٢) ، ولكن عبء الإثبات يقع عليه^(٣) . ولا ميعاد للإعلان ، وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يحدد له ميعاداً ثلاثة أشهر قبل حصول الانسحاب^(٤) ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا الميعاد واكتفت بالألا يكون الانسحاب في وقت غير لائق ، لأن قيد المدة قد يكون مرهقاً لا يتفق مع قواعد العدالة^(٥) . وأما أن يكون الشريك المنسحب حسن النية في انسحابه ، فذلك حتى لا يسمى استعمال حقه في الانسحاب ، فيكون مترقباً مثلاً صفقة تدخل في أعمال الشركة ولو بقي فيها عادت أرباح

(١) استئناف مخطط ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٤٢ - نبي سولف أول يونيه سنة ١٩٢٥ المأماة ٦ رقم ٣/٤٤٥ ص ٧٣١ - فإذا لم تنوافر هذه الشروط لا يكون لانسحاب الشريك من أثر ، ويبقى بالرغم من انسحابه شريكاً (جوسران ٢ فقرة ١٣٣٩) .

(٢) جيوار فقرة ٣٤١ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٥٢ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٤ .

(٣) ولما كان إعلان الانسحاب تمييزاً عن الإرادة ، فهو تصرف قانوني يشترط لإثباته الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما يزيده على عشرة جنهات (جيوار فقرة ٣٤١ - لوران ٢٦ فقرة ٣٩٩ - وقارون بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٥٢ - فقرة ٤٥٢ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٤) .

(٤) انظر أيضاً م ٥٢٦ لبيى وم ٩١٥ لبناني آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٣ - ص ٣٨٤ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

الصفة على الشركة ، فيسند إلى الانسحاب ثم بعقد هذه الصفقة وحده حتى يتفرد بالأرباح^(١) . وأما أن يكون الانسحاب غير واقع في وقت غير لائق ، فذلك حتى لا تضطرب أعمال الشركة وتضار بمخروج الشريك وانحلال الشركة في وقت أزمة مثلا ، أو في وقت كانت الشركة تنتظر فيه أرباحاً قريبة ، أو في وقت شرعت الشركة فيه في عمل فأصبح من مصلحتها أن يؤجل انحلالها . وتحديد ذلك مرتبط بالظروف ، والمرجع فيه تقدير القاضي عند اختلاف الشركاء^(٢) .

فلذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر في انسحاب الشريك من الشركة ، ترتب على انسحابه انقضاء الشركة بحكم القانون . ولكن يجوز لباقى الشركاء أن يتفقوا على بقاء الشركة فيما بينهم وحدهم ، وذلك تطبيقاً للمادة ٣٧٨/٣ مدني ، وقد سبق بيان ذلك^(٣) .

(١) جوار فقرة ٣٢٨ - بودري وقال فقرة ٢٣ ٤٤٩ - وفي هذا المعنى تقول المادة ٢٩١٥/١ لبناني: « لا يعتبر المدول صادراً عن نية حسنة إذا كان الشريك الذي عدل يقصد الاستئثار بالمنفعة التي كان للشركاء عازمين على اجتثاثها بالاشتراك » (انظر آتفاً نفس الفقرة في الهامش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولم يحدد المشروع حسن النية بل ترك تقديره للظروف ، ومن المقرر في هذا الصدد أن للشريك لا يعتبر حسن النية إذا كان لم ينسحب من الشركة إلا لكي يتمكن من الانفراد بربحها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٩) .

(٢) وتقول المادة ٢٩١٥/٣ لبناني في هذا المعنى : « ويكون المدول واقعاً في وقت غير مناسب إذا حصل بعد الشروع في الأعمال ، فأصبح من مصلحة الشركة أن يؤجل انحلالها » (انظر آتفاً نفس الفقرة في الهامش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « . ألا يحصل الانسحاب في وقت غير لائق إذا حدث مثلاً إبان أزمة ، أو أثناء الفترة الأولى لاستقرار الشركة وقيل حصولها على أرباح قريبة منتظرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٩) . وانظر بودري وقال فقرة ٢٣ ٤٥٠ . ومن يدعى من الشركاء أن انسحاب الشريك كان في وقت غير لائق أو أن انسحابه لم يكن بحسن نية يعمل عبه الإثبات (بودري وقال فقرة ٢٣ ٤٥١ مكررة) .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٢٣١ .

ويلاحظ أخيراً ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ،
« أن حق الشريك فى الانسحاب من الشركة بإرادته المفردة هو حق
شخصى محض ، ولذلك لا يجوز لدائنيه استعماله عن طريق الدعوى غير
المباشرة »^(١) .

وسواء كانت الشركة مدتها معينة أو غير معينة ، فإنه يجوز للشركاء
أن يجمعوا على حلها (م ٢/٥٢٩ مدنى سالفه الذكر) . وهذا الحكم
يدعى ، فإن الشركاء هم الذين أنشأوا الشركة باتفاقهم ، فيستطيعون
باتفاقهم أن يحلوا . فإذا كانت الشركة معينة المدة ، كان لهم أن يحلوا
قبل انتهاء هذه المدة ، إذ يستطيعون باتفاقهم أن يقصروا أجل الشركة
كما يستطيعون أن يمدوا هذا الأجل^(٢) . وإذا كانت الشركة غير معينة
المدة ، فإن انسحاب أحد الشركاء منها كافٍ لحلها كما قدمنا ، فأولى أن
تحل بالانسحاب جميع الشركاء^(٣) .

المبحث الثانى

أسباب حل الشركة بحكم من القضاء

٢٢٣ - مآلاته : قد تحل الشركة بحكم من القضاء ، ويتحقق ذلك

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٩ - وانظر أوبرى ورو وإيمان ٦ فقرة

٣٨٤ ص ٦٥ - بلانجيل وويير وليبارتيير ١١ فقرة ١٠٦٤ ص ٣٤٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٣) وإجماع الشركاء على حل الشركة هو تفلسخ من الشركاء للشركة ، ويثبت وفقاً

لقواعد الإثبات . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت القرائن التى استدللت بها محكمة الموضوع
أن شركة فسخت عقب صدورها قد رددت بين الطرفين وسلم بها كل منهما ، فلا تكون المحكمة
قد خالفت قواعد الإثبات باعتبارها على القرائن فى إثبات التفلسخ النفسى بين الشركاء ، خصوصاً
إذا كان الخصم لم يمانع خصمه فى إثبات الطول عن التشارك أو فسخ الشركة بالقرائن ، فإن
هذا وحده يسقط حقه فى الطعن على الحكم بتلك المخالفة (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٣٦

مجموعة عمر ١ رقم ٣١٣ ص ١٠٤٥) .

في حالتين : (١) يطلب أحد الشركاء من القضاء حل الشركة لسبب
يبرر ذلك . (٢) يطلب أحد الشركاء فصل شريك آخر لسبب يسوغ
ذلك ، أو يطلب الشريك إخراجه من الشركة مستنداً إلى أسباب مقولة
وهنا تنحل الشركة .

المطلب الأول

حل الشركة بحكم قضائي

٢٣٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣٠ من التقنين المدني
على ما يأتي :

١ - يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء ،
لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأى سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء .
ويقدر القاضي ما ينطوى عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل .

٢ - ويكون باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٤٦/٥٤٣ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٤٩٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٥٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٤ من المشروع التمهيدى على وجه ينفق
مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٥٨ في المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيخ تحت رقم ٥٢٠ (بمجموعة الأعمال التصديرية
٤ ص ٣٨٥ - ص ٣٨٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٤٦/٥٤٣ : يجوز للمحاكم أن تنسخ الشركة بطلب أحد
الشركاء لعدم وفاء شريك آخر بما تعهد به ، أو لوقوع منازعة قوية بين الشركاء تمنع جريان
أعمال الشركة ، أو لأى سبب قوى آخر غير ذلك .
(وأحكام التقنين المدني السابق تنفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

المادة ٦٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود البناني المادة ٩١٤ (١) .

٢٣٥ - أسباب التي تسوغ حل الشركة قضائياً : قد يطلب أحد الشركاء إلى القضاء حل الشركة لسبب يرجع إلى خطأ شريك آخر ، ويكون هذا بمثابة القسح القضائي للشركة (٢) . ومن الأسباب التي ترجع لخطأ أحد الشركاء ألا ينفي هذا الشريك بما تعهد به نحو الشركة ، كأن يقصر في الضل الذي تعهد بالقيام به لمصلحة الشركة ، أو يكون غير

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٢٤ : يجوز أن تتعلق بحل الشركة السلطة القضائية بناء على طلب أحد الشركاء ، ، وذلك إذا أخل الشركاء الآخرون بواجباتهم أو لأسباب جسيمة أخرى لا يدركها فيها . ويقع باطلا كل شرط يقضي بخلاف ذلك .

(وأحكام التقنين الليبي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٦٤٩ : يجوز المحكمة أن تحل الشركة بناء على طلب الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به ، أو لأي سبب آخر تقدر المحكمة أن له من الخطوة ما يسوغ حل الشركة . ويكون باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المدني - انظر الأستاذ حسن الزبون بقرة ١٥٠ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٩١٤ : يحق لكل من الشركاء أن يطلب حل الشركة حتى قبل الأجل المعلن ، إذا كان هناك أسباب مشروعة كقيام اختلافات عامة بين الشركاء ، أو عدم إتمام أحدهم أو عدة منهم للموجبات الناشئة عن العقد ، أو استحالة قيامهم بها . ولا يجوز للشركاء أن يبدلوا مقدما عن حقهم في طلب حل الشركة في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة (وأحكام التقنين البناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) ويحتوى أن تكون الشركة محدة المدة أو تكون عليها غير محدة ، ولا ينفي في الحالة الأخيرة حق الشريك في الانسحاب من حقه في طلب القسح القضائي (بودري وقال ٢٣ بقرة ٤٥٨) . وإذا اشترط في عقد شركة أن من يطلب فسخ العقد يلا سبب يكون ملزماً يدفع مبلغ مخصص تمويض ، فهذا التمويض لا يكون واجباً على الذي فسخ العقد بسبب مخالفات أو غشاة صدرت من شريك آخر إضراراً بالشركة (استئناف وطني ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٤ الاستقلال ١٤ ص ٤٠) .

كفء له أو ألا يسلم للشركة حصته من رأس المال^(١) . كذلك إذا كان للشريك مديراً غير قابل للعزل ، فأهمل في إدارته أو خالف أغراض الشركة أو نظمها أو أحكام القانون ، فإن هذا سبب يرجع إلى خطأ الشريك ، ويسوع لأى شريك آخر أن يطلب حل الشركة من القضاء . وإذا ثبت على أحد الشركاء غش أو تدليس أو خطأ جسيم يبرر حل الشركة ، جاز لأى من الشركاء أن يطلب من القضاء حل الشركة لهذا السبب . ولا حصر للأسباب التي ترجع إلى خطأ أحد الشركاء ، فوجود السبب وتقدير خطورته وهل هو يبرر حل الشركة أمر متروك تقديره إلى القاضي^(٢) .

فلذا ثبت على أحد الشركاء خطأ يبرر حل الشركة ، لم يجوز لهذا الشريك المخطئ أن يطلب هو الحل ، ولكن يجوز لأى شريك آخر أن يطلب الحل كما قلنا ، فإذا قدر القاضي أن السبب كافٍ لحل الشركة قضى بحلها ، وجاز له أن يحكم على الشريك المخطئ بالتعويض^(٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين من نصوص عقد الشركة أن الشركة قد تكونت فعلاً منذ حور عقدتها وأصبح لها كيان قانوني قامت فور توقيع الشركاء على العقد المنشئ لها ، كما باشرت نشاطها من اليوم المحدد في العقد ، فإن الشرط الوارد بالعقد والذي يقضى بأنه في حالة تخلف أحد الشركاء عن دفع حصة في رأس المال في الموعد المحدد تسقط حقوقه والزاماته - هذا الشرط لا يعمد أن يكون شرطاً قائماً يترتب على تحققه لمصلحة باقى الشركاء انفصال الشريك المختلف من الشركة قضاء أو رضاء ، ولا يعتبر قيام الشركة معطلاً على شرط واقف وهو قيام الشركاء بالدفع . وعلى ذلك فإن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدي إلى انقضاء العقد مادام أن من شرح لمصلحة هذا الشرط لم يطلب الفسخ (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ١٩٥) .

(٢) بلانجيل وريير ولياردنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٤٩ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٣٨٥ - ص ٣٨٦ - بودوى وقال ٢٣ فقرة ٤٦٨ وقررة ٤٧٢ - فورييه فقرة ١٢٨

ص ١٤٦ .

وقد يكون السبب الذى يطلب أحد الشركاء حل الشركة من أجله غير راجع إلى خطأ أى شريك آخر . مثل ذلك أن يمرض أحد الشركاء مرضاً خطيراً يعجزه عن القيام بعمله فى الشركة ، أو يستحيل عليه معه الوفاء بالتزاماته نحو الشركة ، أو يهلك الشيء الذى قدمه حصّة فى الشركة قبل تسليمه بسبب أجنبي . ويعتبر سوء التفاهم المستحكم بين الشركاء^(١) ، ووقوع حوادث طارئة غير متوقعة يجعل من العسير على الشركة الاستمرار فى نشاطها ، أسباباً تسوغ طلب حل الشركة من القضاء . وهنا أيضاً يترك للقاضى تقدير خطورة السبب ، وما إذا كان يبرر حل الشركة^(٢) .

وإذا كان السبب لا يرجع إلى خطأ أحد من الشركاء ، جاز لكل شريك أن يطلب من القضاء حل الشركة ، ولا تجوز المطالبة بتعويض إذ لا تقصير فى جانب أحد من الشركاء^(٣) .

٢٣٦ - الأمر الذى يترتب على حل الشركة قضائياً :

قضائياً هو فسخ لما . وشأن الشركة فى ذلك شأن كل عقد ينشئ التزامات متقابلة ، إذا لم ينفذ جانب ما عليه من الالتزامات ، كان للقاضى أن يفسخ العقد . غير أنه لما كان عقد الشركة عقداً زمنياً كعقد الإيجار ، فإن الفسخ لا يكون له أثر رجعى^(٤) .

(١) بودى وقال ٢٣ ققرة ٤٦٤ - فورنيه ققرة ١٢٨ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٥ - واضطراب الحالة المالية للشركة ، وانعدام الأرباح ، وانعدام النقد اللازم لتسيير أعمال الشركة ، كل ذلك يصح أن يكون سبباً لحل القضاء (بودى وقال ٢٣ ققرة ٤٦٢ - بلانول وديير وليارنير ١١ ققرة ١٠٦٥ ص ٣٤٨ - فورنيه ققرة ١٢٨) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٥ - بودى وقال ٢٣ ققرة ٤٦٩ وققرة ٤٧٢) .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وإذا حكم للقاضى

٢٣٧ - من طلب الحل التفضائي من النظام العام وهو من شخص

الشريك : وحق الشريك في طلب حل الشركة حلاً قضائياً يعتبر من النظام العام ، فكل اتفاق بين الشركاء يقضى بغيره يكون باطلاً ، ولا يجوز للشريك أن يتنازل عنه قبل حلول سببه (م ٢/٥٣٠ مدني^(١)) . وهو حق شخصي للشريك ، يترك إلى تقديره الخاص ، فلا يجوز لدائنيه استعماله بطريق الدعوى غير المباشرة^(٢) .

المطلب الثاني

فصل أحد الشركاء أو طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة

٢٣٨ - التصويص القانوني : تنص المادة ٥٣١ من القانون المدني

على ما يأتي :

١ - يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أي من

بالسبع ، فإنه خلافاً لقواعد العامة لا يكون له أثر رجعي . والشركة إنما تتحل بالنسبة للمستقبل ، أما قيامها وأعمالها في الماضي فإنها لا تتأثر بالحل (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٨٦ - وانظر أيضاً بلانويول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٥٠) .

(١) بلانويول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٥٠ - قارن بودري وقال ٢٣ فقرة ٤٦٧ .

(٢) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٣٨٤ ص ٦٧ - بودري وقال ٢٣ فقرة ٤٧٠ - بلانويول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٤٩ . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع انتهى في هذا الصدد : « وحق الشريك في طلب الحل التفضائي لوجود مبرر شرعي يدعو إليه ويترتب من الحقوق المتعلقة بالنظام العام ، ولذلك لا يجوز التنازل عنه قبل وقوع سببه ، ويكون باطلاً كل اتفاق يحرم الشريك من هذا الحق . كما يلاحظ أيضاً أن هذا الحق شخصي محض ، فلا يستلزم دائن للشريك ، ولا دائن للشركة ، طلب الحل بناء على هذا النص (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٨٦) . فدائنو الشركة لا يستطيعون أيضاً طلب حلها قضائياً ، ولكن لم أن يغفوا بحقوقهم على أموالها ، وأن يشهروا إفلاسها أو إصرارها (الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسبقة ٢ فقرة ٥٣٧ ص ٦٠٥ - انظر عكس ذلك فورنييه فقرة ١٢٨ ص ١٤٦) .

الشركاء يكون وجوده في الشركة قد أثار اعتراضاً على مد أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سبباً مسوغاً لحل الشركة ، على أن تظل الشركة قائمة فيما بين الباقين .

٢ - ويجوز أيضاً لأي شريك ، إذا كانت الشركة معينة المدة ، أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تتحل الشركة ما لم يتفق باقي الشركاء على استمرارها^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين الملغى السابق^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين الملغى السوري م ٤٩٩ - وفي التقنين الملغى الليبي م ٥٢٧ وم ٥٢٩ - وفي التقنين الملغى العراقي م ٦٥٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩١٤ - ٩١٥ وم ٩١٨ - ٩١٩^(٣)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٥ من المشروع المتهنى مقصوداً حل الفقرة الأولى منه . وفي لجنة المراجعة أضيفت لفقرة التالية . وأصبح النص مطابقاً لما يستقر عليه في التقنين الملغى الجديد ، وصار رقمه ٥٩٩ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٧ - ٣٨٩) .

(٢) ولذلك يكون التقنين الملغى الجديد قد استحدث هذه الأحكام ، ولا تسمى حل الشركات المدنية التي تكون قد تأسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فهذه تسمى عليها أحكام التقنين الملغى السابق .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين الملغى السوري م ٤٩٩ (مطابق) .

التقنين الملغى الليبي ٥٢٧ : ١ - يجوز أن يفصل الشريك لأسباب جسيمة تتعلق بإخلافه بالالتزامات التي يفرضها القانون أو عقد الشركة أو لفقدان الشريك أهليته القانونية أو حرمانه من مزاولة مهته أو أي مسؤولية أو لصدور حكم بحقوقية يتوجب عليها حرمانه ولو مؤقتاً من الوظائف العامة ... ٤ - وتقرر فصل الشريك أغلبية الشركاء ، ولا يحسب في هذه الأغلبية =

الشريك المراد ضله . ويسرى الفصل بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه إلى الشريك المفصول . هـ - ويكون للشريك المفصول أن يرفع اعتراضاً على الفصل إلى المحكمة الابتدائية . ويجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ الفصل .

م ٥٢٩ : ١ - إذا انتهت العلاقة المشتركة بإزاء شريك واحد فقط ، لا يحق له أو لورثته إلا مبلغ من النفوذ يعادل قيمة حصته . وتجري تصفية الحصة على أساس حالة الشركة المالية يوم انتهاء العلاقة . ٢ - وإذا وجدت أضرار لازالت قائمة ، يدخل الشريك أو ورثته في الأرباح أو الخسائر المترتبة على الأعمال ذاتها . ويجب أن يتم دفع الحصة المستحقة للشريك خلال ستة أشهر اعتباراً من اليوم الذي انتهت فيه العلاقة المشتركة . ويقال للشريك أو ورثته مسئولون قبل التغير عن التزامات الشركة إلى اليوم الذي تنده فيه العلاقة منتهية . ويجب أن يبلغ هذا إلى علم الغير بالوسائل الملائمة ، وإلا فقد قوة الاحتجاج به على الغير الذي جهله دون خطأ منه . (وللمتقين الشيء يحصل الفصل بأهلية الشركاء والشريك المفصول حتى الاعتراض أمام القضاء) .

التقنين الملغى للعراق م ٦٥٠ : يجوز للشركاء أن يطلبوا من المحكمة أن تقضي بفصل شريك يكون وجوده في الشركة قد أثار اعتراضاً على مده أجلها ، أو قد تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سبباً مسوغاً لحل الشركة ، على أن تبقى الشركة قائمة فيما بين الباقين . (انظر الاتحاد حسن القنون فقرة ١٥١ - ولم يتكلم التقنين العراقي في طلب للشريك لإجراجه من الشركة) .

تقنين الموجبات والنفوذ اللبناني م ٩١٤ : يحق لكل من الشركاء أن يطلب حل الشركة حتى قبل الأجل المعلن ، إذا كان هناك أسباب مشروعة كقيام اضطرابات عامة بين الشركاء أو عدم إتمام أحدهم أو عدة منهم للموجبات الناشئة عن النفوذ أو استحالة قيامهم بها . ولا يجوز للشركاء أن يعدلوا مقدماً عن حقهم في طلب حل الشركة في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة .

م ٩١٨ : في الحالة المنصوص عليها في المادة ٩١٤ وفي جميع الأحوال التي تتصل فيها الشركة بسبب وفاة أحد الشركاء أو غيبته أو الحبر عليه أو إعلان عدم ملاءمة أو بسبب قصر أحد الورثة ، يجوز لسائر الشركاء أن يعدلوا على الشركة فيما بينهم باستصدار حكم من المحكمة يقضي بإخراج الشريك الذي كان السبب في حل الشركة ، وفي هذه الحالة يحق للشريك المخرج أو لورثة المتوفى أو غيرهم من الممثلين للقانونيين المتوفى أو المجهود عليه أو القتاب أو الممسر ، أن يستوفوا نصيب هذا الشريك من مال الشركة ومن الأرباح ومن تجري تصفياتها في اليوم الذي تقرر فيه الإخراج ، ولا يشتركون في الأرباح والخسائر التي تحصل بعد هذا التاريخ إلا بقدر ما تكونوا ، في الأرباح والخسائر ، نتيجة ضرورية مباشرة للأعمال التي سبقت إخراج الشريك الذي مظلوفه أو غيبته أو وفاته أو إصابته . ولا يحق لهم المطالبة بأداء نصيبهم إلا في التاريخ المعلن للتوزيع بمقتضى عقد الشركة .

م ٩١٩ : إذا كانت الشركة مؤلفة بين اثنين ، جاز للشريك الذي لم يتسبب باعطلاها في الأحوال المنصوص عليها في المادتين ٩١٤ و ٩١٥ أن يحصل على إذن من القضاء في إعطائه

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك حالتين : (١) طلب أحد الشركاء فصل شريك آخر (٢) طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة .

٢٣٩ - طلب أحد الشركاء فصل شريك آخر : قلنا أن للشريك أن يطلب من القضاء حل الشركة إذا وجدت أسباب تبرر هذا الحل ، والقضاء يقدر خطورة هذه الأسباب وما إذا كانت توسع الحكم بالحل . وقد تكون هذه الأسباب آتية من جهة أحد الشركاء كعدم وفاء هذا الشريك بالتزاماته أو صدور غش منه أو خطأ جسيم . ولكن قد يرى الشركاء أنه يكفي فصل الشريك المعرض عليه دون حل الشركة ، إذ تكون الشركة ناجحة في أعمالها أو على وشك النجاح ، وأن وجود هذا الشريك فيها هو وحده محل الاعتراض . فأجاز القانون لأي من الشركاء في هذه الحالة أن يطلب من القضاء ، لاحتل الشركة ، بل فصل الشريك الذي تكون تصرفاته محل اعتراض ، على أن تظل الشركة قائمة بين باقي الشركاء . والقاضي هو الذي يقدر ما إذا كان سبب الاعتراض على الشريك يبرر فصله^(١) .

= الشريك الآخر والمداومة على استئجار الشركة أخذاً لنفسه مالها وما عليها . (انظر م ٩١٥ ألفاً فقرة ٧٠٥ المامش) . (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد الفقرة الأولى من المادة ٥٣١ مدف : « اتفق المشروع هذا النص من المادة ٢/٥٦١ من المشروع الفرنسى الإطال ، وهو نص جديد لا نظير له في التقنين الحال (السابق) . وقد قصد المشروع به أن يقضى على النزاع القائم في الفقه والقضاء فيما يتعلق بمسألة اشتراط الحق للشركاء في استبعاد شريك بالإجماع أو بموافقة الأغلبية . . . وقد يكون في السماح للشركاء بفصل واحد منهم لسبب جدى (انظر م ٧٧٧ من التقنين الألماني رم ٥٧٣ من التقنين البولونى) مدعاة لخلق جو من عدم الثقة والتشكك فيما بينهم . مع أنه من ناحية أخرى لا يصح أن يقصر حق الشركاء في هذه الحالة على إمكان طلب الحل من القضاء إذ يترتب على ذلك تحمل الشركاء للتأجيل المترتبة على تقصير واحد منهم خصوصاً إذا كانت الشركة ناجحة موفقة . لذلك رأينا من المناسب أن نقرر للشركاء الحق في طلب فصل =

وقد يكون الشريك المعترض عليه قد وفى بجميع التزاماته ولم يصدر منه غش أو خطأ يبرر فصله ، ولكنه عندما طلب إليه الشركاء الموافقة على مد أجل الشركة لم يقبل المد ولم يبد أسباباً معقولة لهذا الرفض . فيجوز لأى شريك آخر فى هذه الحالة أن يطلب من القضاء فصل هذا الشريك من الشركة ، حتى يتمكن سائر الشركاء من مد الشركة إلى أجل جديد .

وإذا حكم القضاء بفصل الشريك المعترض عايه ، بقيت الشركة قائمة بين باقى الشركاء واستمرت فى أعمالها طبقاً لنظمها . أما الشريك المفصول فيصنف نصيبه فى الشركة على الوجه الذى رأيناه فى الفقرة الثالثة من المادة ٢٨٨ ملى ، فيقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الفصل ويدفع له نقداً . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ، إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على الفصل^(١) .

٢٤٠ - طلب أمر الشراء بإخراج من الشركة : وكما يجوز لأى شريك أن يطلب من القضاء فصل شريك آخر لمبررات توسع ذلك على الوجه الذى بيناه فيما تقدم ، كذلك يجوز لأى شريك أن يطلب من القضاء إخراج من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة . ومن الأسباب المعقولة التى يستند إليها الشريك فى طلب إخراج من الشركة أن تضطرب حالته المالية بحيث يصبح محتاجاً إلى تصفية نصيبه فى الشركة ليستعين به على إصلاح حاله ، أو أن تستدعى حالته الصحية أو ظروفه الخاصة اعتزاله للعمل فيعمد إلى تصفية أعماله ويدخل فى ذلك تصفية نصيبه فى الشركة . والقضاء هو الذى يقدر ما إذا كانت الأسباب التى يتقدم بها الشريك

١ - الشريك إذا وجدت أسباب مبررة لذلك . و التامضى هو الذى يقرر وجاهة تلك الأسباب .
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٨) .
(١) انظر أيضاً فقرة ٢٣١ .

لإخراجه من الشركة أسباباً تبرر إجابته إلى هذا الطلب . وقد كان من الممكن ، من غير هذا النص ، أن يطلب الشريك إخراجه من الشركة بموافقة سائر الشركاء ، ويتفق باقي الشركاء على إبقاء الشركة فيما بينهم . ولكن قد يتعنر على الشريك الذى يريد الخروج من الشركة أن يحصل على موافقة شركائه على ذلك ، فأضيف هذا النص فى لجنة المراجعة^(١) حتى يستطيع الشريك أن يلجأ إلى القضاء فى هذه الحالة ويطلب الحكم بإخراجه .

ويلاحظ أنه يشترط لجواز استعمال الشريك هذا الحق فى إخراجه من الشركة أن تكون الشركة معينة المدة أو محددة العمل ، بحيث أنها لا تنقضى إلا بانتهاء المدة أو بانتهاء العمل ، فيجد الشريك نفسه مضطراً إلى أن يطلب من القضاء إخراجه قبل انقضاء الشركة . أما إذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محددة العمل ، فللشريك الذى يريد الخروج من الشركة مندوحة من طلب ذلك إلى القضاء ، إذ يستطيع فى هذه الحالة أن ينسحب من الشركة بأن يعلن إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء ، على ألا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير لائق ، وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٥٢٩ مدنى ، وقد سبق بيان ذلك^(٢)

فلذا ما أقر القضاء الشريك على طلب إخراجه من الشركة ، صنف نصيب هذا الشريك على الوجه المقرر فى الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٨ مدنى التى تقدم ذكرها ، فيقدر النصيب بحسب قيمته يوم القضاء بالإخراج ويدفع له نقداً ، ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على القضاء بالإخراج^(٣) .

(١) انظر آتياً فقرة ٢٣٩ فى المائش - ومجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٨ .

(٢) انظر آتياً فقرة ٢٣٢ .

(٣) انظر آتياً فقرة ٢٣١ .

ثم إن القضاء بإخراج الشريك من الشركة يترتب عليه حلها ، كما يترتب حل الشركة على خروج أحد الشركاء بأي سبب آخر ، كانسحابه أو موته أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه . ولكن يجوز مع ذلك لباقي الشركاء أن يتفادوا في هذه الحالة ، وفي غيرها من الحالات الأخرى كما سبق القول ، حل الشركة ، وأن يتفقوا على استمرارها فيما بينهم وحدهم دون الشريك الذي خرج .

الفرع الثاني

تصفية الشركة

٢٤١ - كيف تم تصفية الشركة - نص قانوني : تنص المادة ٥٣٢

من القانون المدني على ما يأتي :

« تم تصفية أموال الشركة وتسمتها بالطريقة المبينة في العقد . وعند خلوها من حكم خاص تتبع الأحكام الآتية » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التفتين المدف الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، مجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٢ (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٣٩٠ - ص ٣٩٢) .

ويقابل في التفتين المدف السابق م ٥٤٥/٤٤٨ : تقسم بين الشركاء أموال الشركة على حسب

الحصص في مقدمها . (وحكم التفتين السابق يتفق مع حكم التفتين الجديد) .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدف السوري م ٥٠٠ (مطابق) .

التفتين المدف الليبي م ٥٣٠ (مطابق) .

التفتين المدف العراقي م ٦٥١ (مطابق) .

تفتين المراجبات والمفود اللبناني م ٩٢٢ : تجري القسمة بين الشركاء في شركات المفد

أو الملك ، إذا كانوا رائدين ومالكين حق التصرف في حقوقهم ، وفقاً للطريقة المبينة في عقد

وقد رأينا الشركة تنقضى لأسباب متعددة . فإذا تحقق سبب من أسباب انقضاءها ، كأن انتهت مدتها أو انتهى العمل الذي قامت من أجله ، أو هلك أموالها ، أو مات أحد الشركاء أو حُجِر عليه أو أصغر أو أفلس أو انسحب ، أو حلت الشركة حلا قضائياً ، أو انحلت بسبب خروج أحد الشركاء منها ، فإن الشركة تنقضى على الوجه الذى تقدم بيانه . فإذا انقضت الشركة دخلت في دور التصفية^(١) .

ويتضمن عقد تأسيس الشركة عادة الطريقة التى تصق بها أموالها ، وعند ذلك يجب اتباع هذه الطريقة^(٢) . على أنه إذا لم ينص عقد تأسيس الشركة على الطريقة التى تتم بها التصفية ، فقد تولى القانون وضع الأحكام التى تجرى تصفية الشركة على مقتضاها ، وهذه الأحكام هى التى سنتولى بيانها فيما يلى .

وقد كان التقنين المدنى السابق يجمع فى الباب المخصص للشركات الأحكام المتعلقة بتصفية الشركة والأحكام المتعلقة بقسمة الأموال الشائعة

= إنشاء الشركة أو الطريقة التى يتفقون عليها ، إلا إذا قرروا بالإجماع إجراء التصفية قبل كل قسمة . (ويبدو من هذا النص أن الشركاء يستطيعون أن يقرروا بالإجماع إجراء التصفية وطريقة هذه التصفية) .

(١) وإذا طلب أحد الشركاء فسخ الشركة وتصفيتها ، فإن تقدير الرسوم على الدعوى يكون على مجموع أموال الشركة لا على حصة طالب التصفية فقط ، لأن التصفية ماهى إلا قسمة أموال بين الشركاء وقيمة هذه الأموال هى التى تكون موضوع المنازعة بين الخصوم فى دعوى التصفية (نقض مدنى ٢٧ يونية سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٧١ ص ١٢٤) .

(٢) ولا محل لتصفية الشركة إذا كان عقد تأسيسها ينص على انتقال أموالها إلى الشريك الذى يبقى حياً بين الشركاء ، ويصبح هذا الشريك هو الممثل لصالح الشركة فيما لها وما عليها ، وإذا قدمت أموالها بحلة واحدة حصة فى شركة أخرى جديدة أو موجودة من قبل (استئناف غظط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٩ - أنسيكلويدى دالروزه لفظ *société civile*) .

بوجه عام سواء كان الشيوخ سبقه عقد شركة أو كان له سبب آخر .
أما التقنين المدني الجديد فقد اقتصر في المكان الذي خصصه لعقد الشركة
على بيان أحكام تصفيها ، وأحال في قسمة أموال الشركة بعد التصفية
عندما تصبح أموالاً شائعة بين الشركاء على أحكام قسمة المال الشائع
بوجه عام (م ٥٣٧ مدني) ، ووضع هذه الأحكام في المكان الذي خصصه
للملكية الشائعة (١) .

٢٤٢ - بقاء التصفية المنوية للشركة وقت تصفيها - نص فانوني :

وتنص المادة ٥٣٣ من التقنين المدني على ما يأتي : « تنتهي عند حل الشركة
سلطة المديرين ، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن
تنتهي هذه التصفية » (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد تعرض التقنين
الحصرى (السابق) في الفصل الخاص بالقسمة لتصفية الشركات وقسمتها ، فذكر كيفية تعيين
المصنّ وسلطاته (م ٤٤٩ - ٤٥٠ / ٥٤٦ - ٥٤٧) . ولكن نصوصه جاءت عامة تطبق على كل
أنواع القسمة ، سواء كانت خاصة بشركات أو غيرها . أما المشروع فقد تكلم على قواعد القسمة
على الصوم في باب الملكية الشائعة . ولذلك رأى من المناسب أن يتبع الطريق الذي سلكه المشروع
الفرنسي الإيطالي والتقنين البولوني ، فينظم تصفية الشركة وقسمتها تنظيماً موجزاً عاماً ، ثم يحل
في قسمتها على قواعد القسمة في الملكية الشائعة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩١) .
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المُلغى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٦١ في المشروع النهائي .
ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤
ص ٣٩٢ - ص ٣٩٤) .

ولا مقابل هذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان مسمولاً به دون نص .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدني السوري م ٥٠٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٣١ : عندما تحل الشركة يحفظ للشركاء المديرون بمناصبهم
في الإدارة في حدود السلطات المسجلة إلى أن تنتهز الإجراءات اللازمة للتصفية . (ولم يصرح -

فإذا حلت الشركة باقتضائها ودخلت في دور التصفية ، انتهت سلطة المديرين بمجرد انقضاء الشركة . ، وتولى المصنف أعمال التصفية^(١) .
ولما كانت هذه الأعمال تقتضى أن تبقى للشركة شخصيتها المعنوية حتى يمكن للمصنف القيام بهذه الأعمال ، فإنه كما سرى يستوفى حقوق الشركة من الغير ديونى ما عليها من الديون وقد يبيع مالها كله أو بعضه وكل هذا يعمل به باسم الشركة كشخص معنوى قائم ، فقد صرح القانون ببقاء الشخصية المعنوية للشركة بالرغم من حلها ، وذلك طول الوقت الذى تجرى فيه أعمال التصفية وإلى أن تنتهى هذه الأعمال^(٢) . ولولا ذلك لما استطاع دائنو الشركة عند التصفية أن يستخلصوا حقوقهم من مال الشركة دون

١- التفتين اللبى بالشخصية المعنوية لشركة انفرأكتاً فقرة ١٩٤ فى الملش، ولم يتكلم هنا من بقاء هذه الشخصية بالتدر اللازم لتصفية - وقرر بقاء المديرين فى حدود الأعمال المستحلة إلى أن أن يتولى المصنف أعمال التصفية ، وهذا الحكم الأخير لا يخالف للقواعد العامة .
التفتين الملش العراق م ٦٥٢ (مطابق - وانظر الأستاذ حسن اللنون فقرة ١٥٣) .

تفتين الموجبات والنفود اللبناني م ٩٢١ : لا يجوز للمديرين بعد انحلال الشركة أن يشرعوا فى عمل جديد غير الأعمال اللازمة لإتمام الأشغال التى بقاء بها . وإذا فعلوا كانوا مسئولين شخصياً بوجه التضامن من الأعمال التى شرعوا فيها . ويجرى حكم هذا المنع من تاريخ انقضاء مدة الشركة أو من تاريخ إتمام الغرض الذى من أجله عقدت أو تاريخ وقوع الحادث الذى أدى إلى انحلال الشركة بمقتضى القانون . (ولما كان التفتين اللبناني لا يقر للشركة المعنوية بالشخصية المعنوية - انظر أكتاً فقرة ١٩٤ فى الملش - فإنه لم يتكلم من بقاء هذه الشخصية بالتدر اللازم لتصفية . لما انتهى سلطة المديرين باقتضاء الشركة فتضى مع الحكم الوارد فى التفتين المصرى) .

(١) استئناف مخط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٣ - وذلك فى حدود سلطته المدة المحددة لتصفية ، فإذا اتفق الشركاء على تعيين مصف لشركتهم التجارية وكان تعيينه لمدة معينة ، فليس لهذا الأخير أن يرفع دعوى بصفته نائباً من الشركة به انقضاء هذه المدة (استئناف وطنى ٢٦ مايو سنة ١٩١٣ المبروعة الرسية ١٤ رقم ١١٩ ص ٢٣١) . والمصنف هو الذى يتولى طلب تسلم أعيان الشركة ، دون الشخص الذى طلب الحكم بتعيين مصف (محكمة مصر الوطنية ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١١٢) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٣٤٠ .

مزاحة الدائنين الشخصيين للشركاء ، إذ لو اتعلمت الشخصية المعنوية للشركة بمجرد حلها وقبل إجراء التصفية لأصبح مال الشركة مالا شامئاً بين الشركاء لا مالا مملوكاً للشركة بعد انعدام شخصيتها ، ولكان للدائنين الشخصيين للشركاء حق التنفيذ عليه فزاحوا دائي الشركة^(١) .

على أن بقاء الشخصية المعنوية للشركة التي دخلت دور التصفية مقصور على أعمال التصفية ، وبالقدر اللازم لهذه الأعمال . فلا يجوز للمصفي ، بدعوى أن الشخصية المعنوية للشركة لا تزال باقية ، أن يقوم لحساب الشركة بأعمال أخرى غير أعمال التصفية ، فيبدأ مثلاً أعمالاً جديدة ليست لازمة للتصفية^(٢) .

(١) أوبري ورو وإسان ٦قرة ٣٨٥ ص ٧٠ - ص ٧١ - بلانويل وريبير وليبارنيير ١١قرة ١٠٦٩ - فورنييه ١٢٠ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣ - وقد قضت محكمة النقض بأن الشركة متى انتهت وفاة أحد الشريكين زال شخصها المعنوي ، ووجب الامتناع عن إجراء أى عمل جديد من أعمالها ، ولا يبق بين الشركاء من علاقة إلا كونهم ملاكاً على الشيوخ لموجوداتها ، ولا يبق للشركة مال منفصل عن الأموال الشخصية للشركاء . على أنه لما كان الأخذ بهذا القول على إطلاقه يضر به الشركاء ودائنو الشركة على السواء ، إذ يضطر كل شريك إلى مطالبة كل مدین للشركة بنصيبه في الدين ، ويضطر كل دائن إلى مطالبة كل شريك بنصيبه في الدين إلى غير ذلك ، لهذا وجب بطبيعة الحال ، لتجنب هذه المضار ، اعتبار الشركة قائمة محظفة بشخصيتها حكماً لا حقيقة ، لكي تمكن تصفيتها (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر رقم ٤ ١٢٥ ص ٣٣٨) . وقضت أيضاً بأن من المقرر مراعاة لمصلحة الشركاء ولدائني الشركة ومدینيها أن انتهاء الشركة لا يمنع من اعتبارها قائمة محظفة بشخصيتها المعنوية لحاجات التصفية حتى تنتهى التصفية ، وإذن فإن كل موجودات الشركة بما فيها المخاتير تعتبر أثناء التصفية مملوكة لها لا ملكاً شامئاً بين الشركاء ، فلا يصح لأحدهم أن يوقع المحيز الاستحقاق على شيء من ذلك (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ ورقم ٩ ص ١٥) - وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ ورقم ١٢٦) . وقضت محكمة النقض الجناحية بأن تعتبر الشركة مالكة للحصص والأموال والمنقولات ، وليس لأى من الشركاء أثناء قيامها أو حال تصفيتها إلا الحق في الاستيلاء على الربح . ومن المقرر -

وتتناول الآن الأحكام التي قررها القانون لتصفية الشركة إذا لم ينص عقد تأسيسها على أحكام أخرى ، فتتكم : (أولاً) في تعيين المصفي ، و (ثانياً) في أعمال التصفية .

المبحث الأول

تعيين المصفي

٢٤٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣٤ من القانون المدني على ما يأتي :

١ - يقوم بالتصفية ، عند الاقتضاء ، إما جميع الشركاء وإما مصف واحد أو أكثر تعيينهم أغلبية الشركاء .

٢ - وإذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفي ، تولى القاضي تعيينه بناء على طلب أحدهم .

= مراعاة لمصلحة الشركاء ولدائتي الشركة ومدى أنها أن انتهاء عقد الشركة لا يمنع من اعتبارها قائمة محضلة بشخصيتها المنوعة لحاجات التصفية حتى تنقضي التصفية . وبذا تكون كل موجوداتها في غضون هذه الفترة مملوكة للشركة لملكاً شائعاً بين الشركاء ، فلا يصح لأحدهم أن يتصرف في شيء منها ، مما لا يميل منه إلى القول بوجود نوع من القسمة يحمل تصرف شريك في المال مرتبطاً بنتائجها (نقض جنائي ٤ يونيو سنة ١٩٥٦ الحامدة ٣٧ رقم ٥٠٤ ص ١٢٥٠) وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٥ ص ٣٢٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٨٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٤ ص ٥٠٤ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢ ص ٦٣ - استئناف مخطوط ٣ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٣٠ - ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٥٥ - ٢٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩١ - ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٩ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١١ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٣ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٠ - أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٤ - استئناف وطني ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤ ص ٥٠ .

٣٥- وفي الحالات التي تكون فيها الشركة باطلة ، تعين المحكمة المصنئ ، وتعمد طريقة التصفية ، بناء على طلب كل ذي شأن .

٤٤- وحتى يتم تعيين المصنف يعتبرون المديرون بالنسبة إلى الغير في حكم المصنفين^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٤٩/٥٤٦^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٥٠٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٣٢ - وفي التقنين المدني العراقي

م ٦٥٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٢٣ - ٦٢٤^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٨ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٥ - ص ٣٩٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٤٦/٤٤٩ : إذا لم يصرح في العقد عن كيفية التمسك ، يكون إجماعهم في الشركات المدنية بمعرفة جميع الشركاء ، وفي الشركات التجارية بمعرفة من يمين لتصفية الشركة بأغلب آراء الشركاء سواء كان واحداً أو أكثر أو بمعرفة من تمهته المحكمة عند عدم اتفاق أغلبية الشركاء على التمسك . (والتقنين المدني السابق يحمل نصفي الشركات المدنية بواسطة جميع الشركاء . والعبارة بتاريخ انقضاء الشركة ، فالشركات التي انقضت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تسرى عليها أحكام التقنين المدني السابق ، أما التي انقضت بعد ذلك فتسرى عليها أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٠٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٣٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٥٣ - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٤ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩٢٣ : يحق لجميع الشركاء ، حتى الذين ليس لهم يد في الإدارة ، أن يشتركوا في التصفية . وتجري التصفية بواسطة جميع الشركاء أو بواسطة صف بمقتضى الإجماع إذا لم يكن قد سبق تمهته بمقتضى عقد الشركة . إذا لم يطق ذوو الشأن على اختيار -

٢٤٤ - تعيين المصنف بواسطة الشركاء : وقد يكون المصنف معيناً في عقد تأسيس الشركة أو في نظمها المقررة ، أو تكون طريقة تعيينه أو الجهة التي تعينه منصوحاً عليها في العقد أو النظام المقرر ، فعند ذلك يقع حكم النص (١) .

أما إذا لم ينص على شيء في هذا الشأن ، فإن الفقرة الأولى من النص سالف الذكر تكل أمر تعيين المصنف إلى الشركاء أنفسهم ، ويكون ذلك بالأغلبية العددية .

فقد تقرر أغلبية الشركاء أن يقوم بالتصفية الشركاء جميعاً ، ويقع ذلك عادة إذا كان عدد الشركاء قليلاً ، لا سيما إذا كان الجميع يتولون إدارة الشركة وفقاً لأحكام المادة ٥٢٠ ملغى (٢) . وقد كان التفتيش المدني السابق

صالحى ، وإذا كان ثمة أسباب مشروعة تحول دون تسليم التصفية للأشخاص المبرزين في عقد الشركة ، تجري التصفية بواسطة القضاء بناء على أول طلب يقدمه أحد الشركاء .

م ٩٢٤ : بعد المديون - ويبدأ يتم تعيين المصنف - أمانة على أموال الشركة ، ويجب عليهم إجراء المسائل المستعجلة .

م ٩٢٦ : إذا وجد عدة مصنفين ، فلا يحق لهم العمل منفردين إلا إذا أجاز لهم ذلك بوجه

صریح .

م ٩٤٠ : إذا خلا مركز أحد المصنفين أو مراكز عدة منهم بسبب الوفاة أو الإفلاس أو الحجر أو العلول أو الزول ، عين الخلف على الطريقة الموضوعة لتعيينهم .

(وأحكام التفتيش البناني في مجموعها تتفق مع أحكام التفتيش المصرى ، إلا أن التفتيش البناني يحمل التصفية ، إذا لم يمنع الشركاء على المصنف أو حال سبب مشروع دون اعتماد المصنف المعلن في عقد الشركة ، في يه القضاء . ويوجب في حالة تمدد المصنف أن يصل الكل ، فلا يجوز لأحد الانفراد إلا إذا أجاز ذلك صراحة) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشرح التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ؛

ص ٣٩٥ - ص ٣٩٦ .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٢٠٩ وما بعدها .

(م ٥٤٦/٤٤٩) يجعل إجراء التصفية في الشركات المدنية بواسطة جميع الشركاء ، ما لم ينص في عقد تأسيس الشركة على غير ذلك^(١) .

وقد تقرر أغلبية الشركاء أن يقوم بالتصفية واحد أو أكثر يعينونهم بالذات . وتكفي الأغلبية العددية العادية ، فلا يشترط الإجماع ولا أغلبية خاصة . ولا يشترط فيمن تعينه الأغلبية مصفياً أن يكون شريكاً ، بل يصح أن يكون أجنبياً عن الشركة . وإذا عيّنت الأغلبية أكثر من مصف واحد ، فقد تشترط أن تكون القرارات التي يتخذها المصفون المتعددون بالإجماع أو بالأغلبية فيجب التزام هذا الشرط ، وقد تعين اختصاص كل مصف فينفرد كل بما يختص به . فإذا لم تشترط الأغلبية شيئاً ولم تعين اختصاص كل مصف ، جاز لكل من المصفين أن ينفرد بأى عمل من أعمال التصفية ، على أن يكون لكل من المصفين الآخرين الاعتراض على هذا العمل قبل تمامه ، وعندئذ يكون من حق أغلبية المصفين رفض الاعتراض ، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعاً . وهذه هي أحكام تعدد المديرين^(٢) ، قيست عليها أحكام تعدد المصفين^(٣) .

٢٤٥ - تعيين المصفي بواسطة القضاء : فإذا امتنع الشركاء عن تعيين مصف على الوجه المتقدم الذكر ، أو حاولوا تعيين مصف ولكن لم يحصل

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٤٣ في الملش .

(٢) انظر م ٥١٧ ملى آتفاً فقرة ٢٠٧ . وانظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدية وهي تقول : « وفي حالة تعيين أكثر من مصف واحد ، يكون تحديد سلطاتهم ، في حالة عدم النص ، بالتساوى على ما ذكرناه في تحديد سلطة المديرين » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٩٦) .

(٣) ولكن إذا نص عقد تأسيس الشركة على أن يكون المصفي أحد الشركاء ، وكان الخلاف مستحكماً بين الشركاء بحيث يتصرف المتلون بينهم ، جاز للقضاء تعيين مصف أجنبي (استئناف مخطط ٢ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٣) .

أحد من المرشحين على الأغلبية المطلقة ، جاز لكل شريك أن يطلب من القضاء تعيين وصف للشركة .

والقضاء يعين المصنف من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم ، ويعين مصنفاً أو أكثر بحسب ما يرى . وعدد تعدد المصنفين تكون سلطتهم في التصفية على النحو الذي قدمناه في تعدد المصنفين المعينين من أغلبية الشركاء^(١) .

والذي يطلب من القضاء تعيين المصنف يجب أن يكون أحد الشركاء ، فلا يجوز لغير شريك أن يتقدم بهذا الطلب . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يتقدم بهذا الطلب أحد دائي الشركة ، لأن المصنف وكيل عن الشركة والشركاء لا عن دائيها^(٢) . ولكن يجوز لدائن شخصي لأحد الشركاء أن يستعمل حق مدينه الشريك ويطلب إلى القضاء تعيين مصنف للشركة باسم هذا الشريك^(٣)

(١) واشترط قانون البورصة أن يكون السمسار رجلاً لا يسرى على المصنف الذي لا يمنع القانون من أن يكون امرأة (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩٢ ص ٧٠١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٦ - استئناف مخطط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤١ م - ٥٣ ص ١٦٣ - بلاتيلول ورييور وليبارتيير ١١ ققرة ١٠٧٠ . وينبغي على أن المصنف وكيل للشركاء أن يه كيد الشريك هي يد أمين لا يجوز له التملك بمضى المدة ، ولا يجوز له أن يتسك بغير صفة يده إلا إذا جابه الشركاء مجابهة جلية تقل دلالة حازمة على أنه مزعم إنكار حق الشركاء (استئناف مصر ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٦٤) . وتقول محكمة مصر الكلية إن حكم المصنف في مباشرة عمله كحكم الشريك وإن اختلفت عنه في بعض النواحي القانونية ، منها أن الشريك يمثل الدائن والمدين ويختبر وكلاء عنها ، بخلاف المصنف فإنه يعتبر وكلاء عن الشركة دون الشركاء ودون دائي الشركة (١٣ مايو سنة ١٩٥٤ المأماة ٣٦ رقم ٢٠ ص ١١١) .

(٣) ويبدو أن هذا الحق يكون أيضاً لدائن الشركة باعتباره دائناً شخصياً للشريك في الحدود التي يجوز فيها لدائن الشركة أن يرجع على الشريك في ماله الخاص .

٢٤٦ - تعيين المصنف بواسطة القضاء للشركة الباطلة : وإذا كانت الشركة باطلة ، ولكنها قامت فعلاً بأعمالها ، فهي شركة واقعية (société de fait) ، وتجب تصفيتها . وفي هذه الحالة لا يعتد بما ورد في عقد تأسيس الشركة في هذا الخصوص إذا كان هذا العقد قد نص على تعيين مصف أو على طريقة تعيين المصنف ، فإن العقد باطل ولا يعمل بما جاء فيه . والقضاء هو الذى يقوم بتعيين المصنف للشركة الباطلة ، بناء على طلب يتقدم به أحد الشركاء أو أى شخص آخر له مصلحة في ذلك كدائن للشركة . والقضاء أيضاً هو الذى يتولى تعيين الطريقة التى تتم بها التصفية ، ولا يعتد بما عسى أن يكون قد ورد في العقد الباطل في هذا الخصوص^(١) .

٢٤٧ - كيف يزل المصنف : وإذا عين مصف للشركة بواسطة أغلبية الشركاء أو بواسطة القضاء على الوجه المتقدم الذكر ، وأتى المصنف بما يسوغ عزله ، كأن ارتكب غشاً أو خطأ أو ظهر عجزه أو حجر عليه أو أفلس ، فإن الجهة التى عينته هى التى تملك عزله . فلذا كانت أغلبية الشركاء هى التى عينته ، فإن هذه الأغلبية نفسها تملك عزله . وإذا كان القضاء هو الذى عينه ، فإن القضاء أيضاً يملك عزله بناء على طلب أحد الشركاء . ولكن يجوز دائماً لأى من الشركاء أن يطلب إلى القضاء عزل المصنف لأسباب تسوغ ذلك ، حتى لو كان الذى عين المصنف هو أغلبية الشركاء^(٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التىهى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٣٩٦ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التىهى في هذا الصدد : « ولم ير المشروع

حاجة للنص على كيفية عزل المصنف كما فعل المشروع الفرنسى الإبطال (٢/٥٦٣ م) ، لأنه يمكن =

٢٤٨ - سلطة مديري الشركة قبل تعيين المصفي : وتعيين المصفي

قد يستغرق وقتاً ، والشركة تكون قد انحلت سلطة مديرها كما سبق القول^(١) . فتبقى الشركة ، وقد دخلت دور التصفية ، دون مصف ودون مدير . فاحتاط المشرع وواجه هذه الحالة بنص الفقرة الرابعة من المادة ٥٣٤ حيث تقول كما رأينا : « وحتى يتم تعيين المصفي يعتبر المديرون بالنسبة إلى الغير في حكم المصفين » .

فيجوز إذن لمديري الشركة ، في الفترة ما بين حل الشركة وتعيين المصفي ، أن يقوموا بالأعمال الضرورية لمواجهة حالات الاستعجال . ومن ثم يصح للغير من تعامل مع الشركة أن يرفع دعوى على الشركة بعد حلها في مواجهة هؤلاء المديرين ، ويعتبر المديرون ممثلين للشركة تمثيلاً صحيحاً في الدعوى المرفوعة .

بل يجب على مديري الشركة ، في هذه الفترة ، أن يقوموا بالإجراءات الضرورية للمحافظة على أموال الشركة ورعاية مصالحها ، وأن يباشروا الأعمال المستعجلة التي لا تحتمل تأخيراً . فإذا كانوا مثلاً قبل حل الشركة قد بدأوا عملاً من أعمال الإدارة ولم يتم هذا العمل ، فعليهم أن يتموه أو أن يصلوا به إلى الحد الذي يؤمنون فيه مصالح الشركة^(٢) .

« في ذلك تطبيق القواعد العامة، ومؤداهما أن الحق في عزل المصفي يرجع إلى السلطة التي تملك تعيينه ، مع جواز الالتجاء دائماً إلى القضاء لطلب عزله بناء على وجود مبرر شرعي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٧) .

(١) م ٥٣٣ مدني وانظر آنفاً فقرة ٢٤٤ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لمجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٦ .

المبحث الثاني

أعمال التصفية

٢٤٩ - تصفية مال الشركة وتوزيع الصافي على الشركاء : فإذا عين المصنفى ، قام بالأعمال الواجبة لتصفية الشركة . فيستوفى ما للشركة من حقوق ، ويوفى ما عليها من الديون ، ويقوم بالأعمال الضرورية التي تستلزمها هذه التصفية . ثم يوزع الصافي من أموال الشركة على الشركاء^(١) .

فنبعث إذن مسألتين : (١) تصفية مال الشركة (٢) توزيع الصافي من مال الشركة على الشركاء .

المطلب الأول

تصفية مال الشركة

٢٥٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - ليس للمصنفى أن يبدأ أعمالاً جديدة للشركة إلا أن تكون لازمة لإتمام أعمال سابقة .

(١) وبدخول الشركة في دور التصفية تنتهى سلطة المديرين وتزول عنهم صفتهم في تمثيل الشركة ، ويصبح المصنفى هو صاحب الصفة في تمثيل الشركة في جميع الأعمال التي تستلزمها التصفية . وقد قضت محكمة النقض بأنه يترتب على حل الشركة ودخولها في دور التصفية إنهاء سلطة المديرين ، وذلك كنص المادة ٥٣٣ من القانون المدني ، فتزول عنهم صفتهم في تمثيل الشركة ، ويصبح المصنفى الذي يمين القيام بالتصفية صاحب الصفة الوحيد في تمثيل الشركة في جميع الأعمال التي تستلزمها هذه التصفية وكذلك في جميع الدعاوى التي ترفع من الشركة أو عليها ، فإذا كان المعلن قد رفع من عضو مجلس الإدارة المنتدب بصفته ممثلاً للشركة وذلك بعد حلها وتعيين المصنفى ، فإنه يكون غير مقبول لرفضه من غير ذي صفة . ولا يغير من ذلك أن يكون المعلن قد رفع بإذن المصنفى طالما أنه لم يرفع باسمه بصفته ممثلاً للشركة (نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٩٣ ص ٥٩١) .

٢٥- ويجوز له أن يبيع مال الشركة متقولا أو عقاراً ، إما بالزاد وإما بالمارسة ، ما لم ينص في أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة .
وتنص الفقرة الأولى من المادة ٥٣٦ على ما يأتي :

« تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً ، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم ، وبعد استئصال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التي لم تحل أو الديون المتنازع فيها ، وبعد رد المصروفات أو القروض التي يكون أحد الشركاء قد باشرها في مصلحة الشركة (١) » .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٥٤٧/٤٥٠ م.

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٥٠٣ وم ١/٥٠٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٣٣ وم ١/٥٣٤ -

(١) تاريخ النصوص :

م ٥٣٥ : ورد هذا النص في المادة ٧١٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، إلا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل في آخر الفقرة الثانية على العبارة الآتية : « ولكن البيع لا يجوز له إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٥٦٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حلفت عبارة « ولكن البيع لا يجوز له » الواردة في آخر الفقرة الثانية « لأن الشركة في هذه الحالة تكون في حالة نصفية ، فن الطيبى . أن يبيع المصن كل موجودات الشركة عقاراً أو متقولا لتحديد الصافي الواجب قسمة بين الشركاء . وتعديد نصيب كل منهم » . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما حدثت بلجته تحت رقم ٥٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٨ - ص ٤٠١) .

م ٥٣٦ : ورد هذا النص في المادة ١/٧٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١/٥٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٥٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٢ وص ٤٠٤ - ص ٤٠٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٤٧/٤٥٠ : وللمأمور بالتصفية الحق في أن يبيع مال الشركة ، سواء كان بالزاد العام أو بالتراضي إذا كانت مأموريته ليست مثقلة في سدة تهيته .
(وأحكام التقنين السابق تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين الجديد) .

وفي التقنين المدني العراقي م ٦٥٤ و م ١/٦٥٥ - وفي تقنين الموجبات
والمقود البناني م ٩٢٧ - ٩٣٩^(١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٠٣ و م ١/٥٠٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٢٣ و م ١/٥٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٥٤ (موافق - فيما عدا أن يبيع مال الشركة مقيد بوفاء الديون
في التقنين العراقي) .

م ١/٥٥٠ (موافق) . انظر الأستاذ حسن الفنون فقرة ١٥٧ وما بعدها .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٩٢٧ : حل المصنق القضاى وغير القضاى عند مباشرة
العمل أن ينظم بالاشتراك مع مديرى الشركة قائمة الجرد وموازنة الحسابات مالها وما عليها .
وعليه أن يستلم ويحفظ دفاتر الشركة وأوراقها ومقوماتها التي يسلمها إليه المديرون ، وأن يأخذ
عليها بجميع الأعمال المتعلقة بالتصفية على دفتر يومية وبحسب ترتيب توارىخها وفقاً لقواعد المحاسبة
المستعملة في التجارة ، وأن يحفظ بجميع الاسناد المثبتة وغيرها من الأوراق المختصة بالتصفية .
م ٩٢٨ : إن المصنق يمثل الشركة الموضوعة تحت التصفية ويدير شؤونها . وتشمل وكالاته
جميع الأعمال الضرورية لتصفية مالها وإيفاء ما عليها ، وتشمل خصوصاً صلاحية استيفاء الديون
وإتمام القضايا التي لا تزال مطلقة ، واتخاذ جميع الوسائل الاحتياطية التي تقتضيها المصلحة
المشتركة ، ونشر الإعلانات اللازمة لدعوة الدائنين إلى إبراز أسنادهم ، وإيفاء الديون المبررة
والمستحقة على الشركة ، والبيع القضاى لأموال الشركة غير المنقولة التي لا تنقسم قسمتها بسهولة ،
وبيع البضائع الموجودة في المستودع وبيع الأدوات - كل ذلك مع مراعاة القيود الموضوعة
في الصك الذي أقامه مصفياً ومراعاة المرات التي يتخذها الشركاء بالإجماع في أثناء التصفية .

م ٩٢٩ : إذا لم يحضر أحد الدائنين المروفين ، حق للمصنق إيداع المبلغ المستحق له إذا كان
الإيداع مستحباً . أما الديون المستحقة أو المتنازع عليها فيجب عليه أن يحفظ لها بمبلغ من النقود
كاف لإيفائها وأن يضعه في محل أمين .

م ٩٣٠ : إذا لم تكن أموال الشركة كافية لإيفاء الديون المستحقة ، وجب على المصنق
أن يطلب من الشركاء المبالغ اللازمة إذا كان هؤلاء ملزمين بتقديمها بمقتضى نوع الشركة أو إذا
كانوا لا يزالون مديونين بجميع حصصهم في رأس المال أو بقسم منها . وتوزع حصص الشركاء
المبشرين على سائر الشركاء بنسبة ما يجب عليهم التزامه من الخسائر .

م ٩٣١ : المصنق أن يفرض ويرتبط بموجبات أخرى حتى من طريق التحويل التجاري ،
وأن يظهر الاسناد التجارية ويمنح المهل ويفوض ويقبل التفويض ويبرهن أموال الشركة ،
كل ذلك على قدر ما تقتضيه مصلحة التصفية ، ما لم يصرح بالعكس في صك توكيله . =

٢٥١ - أعمال إدارة الشركة : فإذا تولى المصنف تصفية الشركة ، فإن مهمته الأساسية هي تصفية أموال الشركة لإدارتها . وإنما يملك من الإدارة أعمالاً محدودة هي الأعمال الضرورية أو المستعجلة .

٩٣٢ م : لا يجوز للمصنف عقد البيع ولا التحكم ولا التدخل عن التأمينات إلا مقابل بدل أو تأمينات أخرى مصادره لها . كذلك لا يجوز له أن يبيع جزءاً من الأهل التجاري الذي فوضت إليه تصفيته ، ولا أن يجري تصرفاً بلا عوض ، ولا أن يشرع في أعمال جديدة ما لم يرخص له في ذلك صراحة . وإنما يحق له أن يقوم بأعمال جديدة على قدر ما تقتضيه الضرورة لتصفية الأشتات المعلقة . فإن خالف هذه الأحكام ، كان مسئولاً شخصياً عن الأعمال التي شرع فيها . وإذا كان هناك عدة مصنفين ، كانوا متضامين في التبعة .

٩٣٣ م : يجوز للمصنف أن يستنيب غيره في إجراء أمر أو عدة أمور معينة ، ويكون مسئولاً من الأشخاص الذين يستنيبهم وفقاً لقواعد المختصة بالوكالة .

٩٣٤ م : لا يجوز للمصنف ، وإن كان قسالياً ، أن يخالف القرارات التي اتخذها ذور الشأن بالإجماع فيما يخص إدارة شؤون المال المشترك .

٩٣٥ م : يجب على المصنف ، عند كل طلب ، أن يقدم للشركاء أو لأصحاب الحقوق الشائعة المعلومات الوافية من حالة التصفية ، وأن يضع تحت تصرفهم الدفاتر والأوراق المختصة بأعمال التصفية .

٩٣٦ م : إن المصنف ملزم بالواجبات التي تترتب على الوكيل المأجور فيما يخص بتقديم حساباته وإعادة المال الذي قبضه عن طريق وكالته . وعليه أن ينظم عند نهاية التصفية قائمة الجرد بموازنة الموجودات والديون ، ويخلص فيها جميع الأعمال التي أجراها والحالة النهائية التي فتحت عنها .

٩٣٧ م : لا تمتد وكالة المصنف دون مقابل ، وإذا لم تميز أجرته ، فللقاضي أن يحدد حقلها ، ويثبت لأصحاب الشأن حق الاعتراض على القيمة المقررة .

٩٣٨ م : ليس للمصنف الذي دفع من ماله ديوناً مشتركة إلا حق إقامة الدعوى المختصة بالدينين الذين أوفى دينهم . وليس له حق الرجوع على الشركاء أو على أصحاب الحقوق الشائعة إلا بنسبة حصصهم .

٩٣٩ م : بعد نهاية التصفية وتسليم الحسابات يوزع المصنف دفاتر الشركة المنحلة وأوراقها حسب اعتبارها نظم المحكة أو محلا آخر أميناً لقيمة المحكة ، ما لم تميز غالبية الشركاء شخصاً لاستلامها . ويجب أن تبقى محفوظة في المحل المذكور مدة خمس عشرة سنة من تاريخ الإيداع . ويحق لذوي الشأن ولورثتهم أو خلفائهم في الحقوق أو المصنفين أن يراجعوا المستندات ويتقنوا فيها . (وهذه الأحكام التفصيلية تنفق في مجموعها مع المبادئ العامة للتقنين المصري) .

فلذا كان هناك عمل من أعمال الإدارة قد بدأ قبل حل الشركة ولم يتم ،
فعل المصنى أن يتم هذا العمل حتى يكفل أن يعود على الشركة بالنفع . فلذا
كانت الشركة شركة نشر مثلاً قد تماقدت على نشر كتاب وحلت قبل طبع
الكتاب ، فإن المصنى يملك التعاقد على طبع الكتاب حتى يتم العمل الذى
بدأ قبل حل الشركة .

ولكن ليس للمصنى أن يبدأ عملاً جديداً من أعمال الإدارة ، إلا أن
يكون هذا العمل لازماً لإنعام عمل سابق . فلذا كانت شركة أراض مثلاً
باعت أرضاً قبل حلها ، وبعد الحل طلب جار أخذ هذه الأرض بالشفعة ،
فإن المصنى باعتباره ممثلاً للشركة البائعة يشترك فى إجراءات الشفعة^(١) .

٢٥٢ - الأعمال الموزعة لتصفية الشركة : وقد قلنا أن مهمة المصنى
الأساسية هى إجراء الأعمال اللازمة لتصفية أموال الشركة . ويمكن القول
بوجه عام إن المصنى يبدأ بأعمال تمهيدية للتصفية ، ويستوفى ما للشركة من
حقوق عند الغير ، وينفى ما على الشركة من ديون للغير ، وقد يبيع أموال
لشركة بالقدر الضرورى للتصفية^(٢) . فستعرض كلا من هذه الأعمال
المتنوعة^(٣) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤
ص ٣٩٩ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤
ص ٣٩٩ - وبدعى أنه إذا تضمن عقد تأسيس الشركة أو القرار الصادر بتعيين المصنى من
أغلبية الشركاء أو من القضاء بياناً لسلطة المصنى فى إجراء هذه الأعمال ، لم يجوز المصنى أن يخرج عن
الحدود المرسومة له . فإذا لم يكن هناك نص على تحديد سلطته ، أثبتت القواعد التى سنتول بسطها .
(٣) وقد ينص عقد تأسيس الشركة ، وبخاصة إذا لم يكن فى الشركة غير شريكين
اثنين ، أنه إذا انحلت الشركة كان لأحدهما الحق أن يوفى للشريك الآخر مبلغاً معيناً لقيمة
نصيبه مقدرة حسب دفاتر الشركة ، ويستأثر هو بمال الشريك (انظر م ٩١٩ لبنان)
فقرة ٧١١ فى الماش - أبورى ورو وإسحاق ٦ فقرة ٣٨٤ ص ٦٢ - بلانول وريير وليبارنيو

٢٥٣ - **أموال التمهيدية للتصفية** : يبدأ المصنف بالتخاذ الإجراءات اللازمة للتسهيل لأعمال التصفية ، فيجرد أموال الشركة ويحرق قائمة بالجرد ، ويضع كسفاً تفصيلياً بين ما للشركة من حقوق وما عليها من ديون ، وذلك بعد أن يتسلم دفاتر الشركة وأوراقها ومستنداتها . ويعاونه في كل ذلك الذين كانوا يقومون بإدارة الشركة قبل حلها .

وتقول المادة ٩٢٧ من تقنين الموجبات والعقود البناني في هذا الصدد :
« على المصنف القضائي وغير القضائي عند مباشرته العمل أن ينظم بالاشتراك مع مديري الشركة قائمة الجرد وموازنة الحسابات بما لها وما عليها . وعليه أن يستلم ويحفظ دفاتر الشركة وأوراقها ومقوماتها التي يسلمها إليه المدبرون ، وأن يأخذ علماً بجميع الأعمال المتعلقة بالتصفية على دفتر يومي وبحسب ترتيب تواريخها وفقاً لقواعد المحاسبة المستعملة في التجارة ، وأن يحتفظ بجميع الأسناد المثبتة وغيرها من الأوراق المختصة بالتصفية (١) » .

= ١١ فقرة ١٠٧١ مكررة) . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الأصل في تصفية الشركات عند انقضاءها هو قسمة أموالها بحسب سحر بيمها أو توزيع هذه الأموال صيناً على الشركاء كل نسبة حصته في صافي أموالها إن أمكن ، إلا أنه من الجائز للشركاء أن يتفقوا مقدماً فيما بينهم على أنه عند انقضاء مدة الشركة تنحل من تلقاء نفسها وتصبح أصولها وخصومها والتوقيع عنها من حق أحد الشريكين على أن يتحمل بجميع ديونها ويمطلي الشريك الآخر ما يخصه في موجوداتها بحسب ما تسفر عنه الميزانية التي تعمل بمعرفة الطرفين . ولغف الميزانية إذا ذكر مطلقاً من كل قيد ينصرف بداهة إلى ميزانية الأصول والخصوم الجاري العمل بها في الشركات أثناء قيامها والتي تقدر فيها الموجودات بحسب قيمتها الدفترية ، لا بحسب سعرها المتداول في السوق (نقض مدني ٢٤ يوفيه سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٥٤ ص ٩٩١) .
(١) انظر آنفاً فقرة ٧٢٣ في الهامش - ولا توضع الأختام على أموال الشركة ، إذ أن ذلك يطل أعمال التصفية . ولكن يجوز لدائني الشركة أن يحصلوا على أمر من القضاء بوضع الأختام كإجراء تحفظي لمحافظة على حقوقهم (الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٥٤٥) . كذلك يجوز وضع الشركة وهي في حالة التصفية تحت الحراسة كإجراء تحفظي مؤقت . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان ما جاء في الحكم أن المحكمة قد أقامت قضامها بالحراسة =

٢٥٤ - استيفاء حقوق الشركاء : ويعتمد المصنف إلى استيفاء حقوق الشركة من الغير ، فيتخذ جميع الإجراءات اللازمة لاستيفاء هذه الحقوق . ويدخل في ذلك مقاضاة المدينين للشركة ، واتخاذ الوسائل التحفظية بالنسبة إلى هذه الحقوق ، والتنفيذ على المدينين .

وليس له أن يعقد صلحاً أو تحكماً إلا باتفاق جميع الشركاء^(١) ، ولا أن يتخلى عن تأمينات إلا مقابل تأمينات أخرى معادلة ، ولا أن يبرئ ذمة المدينين^(٢) .

٢٥٥ - وفاة وريثه الشركة : ويقوم المصنف في الوقت ذاته بوفاء ما على الشركة من ديون ، فيحصر دائتي الشركة وما لم من حقوق في ذمتها ، وينشر الإعلانات اللازمة لدعوة جميع دائتي الشركة إلى التقدم بمسنداتهم .

١ - هل أموال الشركة استناداً إلى ما تجمع لديها من أسباب معقولة تحسنت معها الخطر العاجل من بقاء المال تحت يد حائزه ، وكان ما يدعيه الطاعن من أن الشركة قد حلت وأصبحت لا وجود لها مبروراً بأن شخصية الشركة تبقى قائمة بالقدر اللازم للتصفية وحتى تنتهي هذه التصفية ، ولما كانت مأمورية الحارس هي تسلم وجرد أموال الشركة بحضور طرف المصوم المحافظة على حقوق الطرفين المتنازعين بإثبات ما تكشفته عنه أوراق الشركة وما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق أوديون أو ما يصل إلى علم الحارس من أي طريق كان لمعرفة الحقوق المالية التي تصلح عنصراً لتصفية وليس من شأنه الإصرار بأي من الطرفين إذ أنه لا يقتضي البحث في سند حق كل منهما ، فإن الحكم لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢ ص ١٣) .

(١) انظر عكس ذلك غورفيه فقرة ١٣٣ ص ١٥٧ - أنيكلويد دالوز ٥ لفظ *société civile* فقرة ٢٤٦ .

(٢) وتقول المادة ٩٣٢ من الترتين اللبناني في هذا الصدد : « لا يجوز المصنف عقد الصلح ولا التحكيم ولا التخل عن التأمينات إلا مقابل بدل أو تأمينات أخرى معادلة لها . كذلك لا يجوز له أن يبيع جزءاً من اهل التجارى الذى فوضت إليه تصفيته ، ولا أن يجري تفرعاً . ولا عوض .. » (انظر أيضاً فقرة ٧٢٣ في الملمش) .

فإن كان دينه من هؤلاء المدينين قد حل قبل انقضاء الشركة أو انتهاء التصفية ، وفاء حقه فوراً ، وإذا لم يحضر لاستيفاء حقه جاز للمصنف إيداعه خزنة المحكمة على ذمة الدائن . أما الديون المؤجلة فلا تحل بالتصفية كما تحل بالإفلاس ، بل تبقى على آجالها ، فإذا استطاع المصنف أن يوفى أصحابها بعد اقتطاع ما يقابل الأجل وكان في ذلك مصلحة للشركة فعل ، وإلا اقتطع من أموال الشركة ما يفي بهذه الديون ووضعه في محل أمين حتى يحل الدين فيوفيه^(١) . كذلك الديون المتنازع فيها ، يقتطع لها المصنف ما يفي بها ويضمه في محل أمين حتى ينحسم النزاع . وقد يكون أحد الشركاء دائماً للشركة ، بأن يكون مثلاً قد أنفق مصروفات لمصلحة الشركة من حقه أن يستردها منها أو أن يكون قد أقرضها مبلغاً من المال ، فيفي المصنف الشريك الدائن هذه الحقوق ، شأن الشريك في ذلك شأن سائر دائئي الشركة^(٢) .

وإذا لم تكن أموال الشركة كافية لوفاء الديون المستحقة عليها ، وكان لدائئي الشركة أن يرجعوا فيها بقى لهم من حقوق على أموال الشركاء الخاصة على النحو الذي بسطناه فيها تقدم ، وجب على المصنف أن يطلب من كل شريك أن يقدم من ماله الخاص ما هو ملتزم به لوفاء دينه الشركة^(٣) .

(١) وهذا ما لم ير من المصلحة أن يوفى الديون المؤجلة فوراً إذا كان الأجل لمصلحة الشركة فينزل عن الأجل . وإذا تخلف بعض دائئي الشركة عن التقدم لاستيفاء حقوقهم ، وقسمت أموال الشركة بعد التصفية على الشركاء كان لدائئي الشركة حق تتبع أعيان الشركة بيد الشركاء ، فيعتدمون فيها على الدائنين الشخصيين للشركاء ، وإلا فإن دائئي الشركة يرجعون على الشركاء في أموالهم الخاصة ويواجههم فيها دائئو الشركاء الشخصيون (فورنييه فقرة ١٣٧) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٣ - وانظر المادة ٩٢٩ من التفتين اللبناني آنفاً فقرة ٧٢٣ في الماش .

(٣) استئناف مخطط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٣ - وانظر م ٩٣٠ من التفتين اللبناني آنفاً فقرة ٧٢٣ في الماش . وانظر عكس ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المباشرة ٢ فقرة ٤٤٩ .

٢٥٦ - بيع أموال الشركة بأمر الضرورى للتصفية : والمصنفى

أن يبيع أموال الشركة ، متقولا كانت أو عقاراً ، بالمزاد أو بالمارسة ، إذا كان هذا البيع ضرورياً لأعمال التصفية^(١) . فيبيع متقولات الشركة وعقاراتها لوفاء بديونها إذا لم يكن فى مال الشركة تقود كافية للوفاء بهله الديون . وقد كان المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ٥٣٥ ملغى بنص على أن البيع لا يجوز إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد اهتم المشروع أيضاً بأن يذكر صراحة أن سلطة المصنفى فى بيع أموال الشركة تتحدد بالقدر اللازم لوفاء ديونها ، لأنه إذا تم وفاء تلك الديون ، وأمكن بذلك تحديد الصافي من أموال الشركة ، فإن الغرض من التصفية يكون قد تحقّق ، وتزول الشخصية المعنوية للشركة ، ويصبح الشركاء ملاكاً على الشروع للأموال الباقية التى يجب قسمتها بينهم^(٢) . ولكن حذف هنا القيد فى لجنة مجلس الشيوخ^(٣) . فأصبح من الجائز للمصنفى أن يبيع متقولات الشركة وعقاراتها لغبر وفاء الديون . ويتحقّق ذلك إذا كانت عين من أعيان الشركة غير قابلة للتقسمة عيناً ، فيبيعها المصنفى حتى يوزع ثمنها بين الشركاء^(٤) . كذلك يبيع المصنفى البضائع التى لا تزال مملوكة

(١) وقد تقتصر تصفية الشركة على المتقول وترجأ تصفية العقار المتنازع فيه . وقد نقضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ تصر تصفية الشركة على المتقول وأرجأ تصفية العقار حتى يفصل نهائياً فى النزاع الجدى الذى قام على ملكيته بين الشركة وبين الشركاء الموصين ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون (نقض مدغ ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٥ ص ١١٦٣) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٩ .

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٠ - ص ٤٠١ - وانظر أيضاً فقرة

٧٢٣ فى الملحق .

(٤) وقد نقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن لكل مصنف الحق فى بيع أعيان الشركة ، -

للشركة والأدوات . وقد تكون سلطة المصنفى المنصوص عليها في قرار تعيينه تمكنه من بيع جميع متقولات الشركة وعقاراتها ، حتى يتيسر له توزيع هذه الأموال نقداً على الشركاء ، ففي هذه الحالة يجوز له أن يبيع كل أموال الشركة لهذا الغرض^(١) .

ويبدو ، بعد أن حذف من الفقرة الثانية من المادة ٥٣٥ مدنى القيد الذى كان يقضى بأن تكون سلطة المصنفى فى بيع أموال الشركة مقصورة على القدر الضرورى لوفاء ديون الشركة ، أنه يجوز للمصنفى أن يبيع متقولات الشركة وعقاراتها ، بالمراد أو بالممارسة ، دون قيد . فإذا رأى أن يحول أموال الشركة نقوداً حتى تتيسر له قسمتها على الشركاء فعل ، وذلك ما لم ينص فى أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة . ويؤيد ذلك ما ورد فى مناقشات لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد : « رأى حذف عبارة : ولكن لا يجوز له أن يبيع إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة ، الواردة فى آخر الفقرة الثانية ، لأن الشركة فى هذه الحالة تكون فى حالة تصفية ، فمن الطبيعى أن يبيع المصنفى كل موجودات الشركة ، عقاراً أو منقولا ، لتحديد الصافي الواجب قسمته بين الشركاء وتحديد نصيب كل منهم »^(٢) .

= سواء كان بالمراد المسمى أو بالممارسة متى كانت ورقة التقييم لا تمنع ذلك ، ومادام حصول القسمة المادية غير ممكن ، فالبيع لازم لأجل إتمام التصفية (استئناف وطنى ٣ أكتوبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣٧٥) .

(١) وتقول المادة ٩٢٨ من التفتين البناني فى هذا الصدد : « إن المصنف يثل الشركة الموضوعة تحت التصفية ، ويدير شؤونها . وتشمل وكالته جميع الأعمال الضرورية لتصفية ماله وإلغاء ما عليها ، وتشمل خصوصاً : . البيع القسائى لأموال الشركة غير المنقولة التى لا تقسّم قسمتها بسهولة ، وبيع البضائع الموجودة فى المستودع وبيع الأدوات . كل ذلك مع مراعاة التهود الموضحة فى المسك الذى أتممه مصنفياً ، ومراعاة القرارات التى يتخذها الشركاء بالإجماع فى أثناء التصفية » (انظر آنفاً فقرة ٧٢٣ فى الحاشى) .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ؛ ص ٤٠٠ - وانظر آنفاً فقرة ٧٢٢ فى الحاشى -
هذا ويجوز للمصنف أن يهد إلى الغير بعض أعمال التصفية ، وأن يتأنس برأى الخبراء فى الأعمال =

٢٥٧ - من الشراء في مرافقة أعمال التصفية : والمصنف باعتبار.

وكيلا عن الشركاء يجب أن يقدم لهم حساباً عن أعمال التصفية التي قام بها^(١). وإذا طلب أحد الشركاء ، أثناء إجراء التصفية ، أن يحصل على معلومات عن هذه الإجراءات ، وجب على المصنف أن يوافيه بمعلومات كافية عن ذلك ، وأن يضع تحت تصرفه الدفاتر والأوراق والمستندات المختصة بأعمال التصفية^(٢). ونقول المادة ٩٣٥ من التقنين اللبناني : « يجب على المصنف ، عند كل طلب ، أن يقدم للشركاء أو لأصحاب الحقوق الشائعة المعلومات الوافية عن حالة التصفية ، وأن يضع تحت تصرفهم الدفاتر والأوراق المختصة بأعمال التصفية » . ونقول المادة ٩٣٦ من نفس التقنين : « إن المصنف ملزم بالموجبات التي تترتب على الوكيل المأجور فيها بخص بتقديم حساباته وإعادة المال الذي قبضه عن طريق وكالته . وعليه أن ينظم عند نهاية التصفية قائمة الجرد وموازنة الموجودات والديون ، ويلخص فيها جميع الأعمال التي أجراها والحالة النهائية التي نتجت عنها » . ونقول المادة ٩٣٩ من نفس التقنين : « بعد نهاية التصفية وتسليم الحسابات يودع المصنف دفاتر الشركة المنحلة وأوراقها ومستنداتها قلم المحكمة أو عملاً آخر أميناً تعينه المحكمة ، ما لم تعين غالبية الشركاء شخصاً

= التي يقوم بها ، ولكنه يبقى هو المسئول وحده أمام الشركاء . ولكن لا يجوز له أن يهدد الغير بأن يقوم بجميع أعمال التصفية (استئناف مخطوط ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٠) ، لأن شخصية المصنف ملحوظة وقت تعيينه ، فيجب أن يقوم هو بنفسه بأعمال التصفية إلا ما يحتاج فيه إلى معاونته الغير أو إلى رأى غيره . ونقول المادة ٩٣٣ من التقنين اللبناني في هذا الصدد : « يحق للمصنف أن يستنيب غيره في إجراء أمر أو عدة أمور معينة ، ويكون مسئولاً عن الأشخاص الذين يستنيبهم ، وفقاً لقواعد المختصة بالوكالة » (انظر آتفاً فقرة ٧٢٣ في الملمس) .

(١) ويبدو أن مسئولية تكون كسولية الوكيل ، تزيد هذه المسئولية إذا كان بأجر (انظر في مسئولية المصنف فورديه فقرة ١٣٩) .

(٢) فورديه فقرة ١٣٢ ص ١٥٤ .

لاستلامها . ويجب أن تبقى محفوظة في المحل المذكور مدة خمس عشرة سنة من تاريخ الإيداع . ويحق لذوى الشأن ولورثتهم أو خلفائهم في الحقوق أو للمصنفين أن يراجعوا المستندات ويدققوا فيها^(١) . ولم ترد في التقنين المصرى نصوص تقابل هذه النصوص الواردة في التقنين اللبناني ، فلا يسرى من هذه الأحكام في مصر إلا ما كان يتفق مع القواعد العامة ، فلا يسرى مثلا وجوب حفظ أوراق التصفية مدة خمس عشرة سنة من وقت الإيداع ، فهذا الحكم لا يقوم إلا بنص خاص .

٢٥٨ — أجر المصنف : ولم يعرض التقنين المصري لأجر المصنف ، فيجب تطبيق القواعد العامة . ولما كان المصنف وكلا عن الشركاء ، وكان الأصل في الوكالة ألا تكون مأجورة إلا إذا اتفق على أجر للوكيل (م ٧٠٩ مدني) ، فالظاهر أنه لا بد من النص على أجر المصنف في قرار تعيينه الصادر من أغلبية الشركاء أو من القضاء^(٢) . ويطلب أن يبين له أجر ، وبخاصة إذا كان أجنبياً من غير الشركاء^(٣) .

(١) انظر في كل هذه النصوص آتتاً فقرة ٧٢٢ في الهامش .

(٢) قانون فورتييه فقرة ١٣١ ص ١٥٢ .

(٣) ومع ذلك فقد قضت محكمة مصر الكلية بأن المصنف يعتبر وكلا من الشركة بأجر ، وبأنه إذا حكمت المحكمة بحل شركة وبتميين مصف وقدرت له أمانة يدفعها للمصنف ، ثم أحجم طرفا الدعوى من دفع الأمانة ، فإن ذلك لا يحول دون أن تسير المحكمة في تنفيذ حكمها بإجراء التصفية ويكلف المصنف مباشرة عمله في الحدود التي رسمها له الحكم على أن يتقاضى أجره من مال الشركة بالقدر المعين في الحكم أو بما يزيد عنه حسب قيامه بعمله وتقدير المحكمة له مستقبلا . ولا تقاس حالة المصنف حل المادة ٢٢٧ مرافعات من أنه إذا لم تودع أمانة الخبير من المصنف المكلف بإدائها ولا من غيره من المصنوم ، فلا يلزم الخبير بأداء مأموريته ، للخلاف الكبير بين عمل الخبير للعالم والمصنف (مصر الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ الحامدة ٣٦ رقم ٣٠ ص ١١١) .

المطلب الثاني

توزيع الصافي من مال الشركة على الشركاء

٢٥٩ - **النصوص القانونية :** تنص الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة ٥٣٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ٢ - ويخصص كل واحد من الشركاء بمبلغ يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال ، كما هي مبيّنة في العقد ، أو يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها إذا لم تبين قيمتها في العقد ، ما لم يكن الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو اقتصر فيها قدمه من شيء على حق المنفعة فيه أو على مجرد الانتفاع به » .

« ٣ - وإذا بقي شيء بعد ذلك ، وجبت قسمته بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم في الأرباح » .

« ٤ - أما إذا لم يكف صافي مال الشركة للوفاء بمخصص الشركاء ، فإن الحسارة توزع عليهم جميعاً بحسب النسبة المتفق عليها في توزيع الخسائر^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/٧٢٠ و ٤٣٠ على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٦/٢ و ٤٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٢ - ص ٤٠٥) .

م ٥٠٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٣٤ - ٥٣٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ٢/٦٥٥ - ولا مقابل له في تقنين الموجبات والمقود البناني^(١) .

٣٦٠ - حقوق الشركاء في الصافي من مال الشركة : فإذا تمت

تصفية أموال الشركة على الوجه السابق بيانه ، انتهت الشخصية الممنوعة للشركة ، فقد كانت هذه الشخصية قائمة مؤقتاً في الحدود اللازمة للتصفية كما سبق القول ، فبإنهاء التصفية تنعدم هذه الشخصية نهائياً .

ومن ثم فإن المال الذي يبقى ، وهو صافي مال الشركة بعد وفاة ديونها ، يصبح مملوكاً في الشيوع للشركاء ، كل منهم بقدر نصيبه ، سواء في ذلك شمل هذا المال أعياناً معينة بالذات ، أو لم يشمل إلا نقداً إذا باع المصنف منقولات الشركة وعقاراتها لتحويلها إلى نقود على النحو الذي سبق بيانه^(٢) .

أما الطريقة التي يوزع بها هذا المال الشائع على الشركاء فتكون باختصاص كل واحد منهم بما يعادل قيمة حصته في رأس المال . فإذا بقي من مال الشركة شيء بعد ذلك ، كان الباقي أرباحاً ، ووزعت هذه

(١) التقنينات الملغية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٥٠٤ و ٤٣٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٣٤ و ٤٣٠ (مطابق) .

م ٥٣٥ - ١ - يحق للشركاء الذين ساهموا بتقديم أشياء مجرد الانضاج بها استردادها بأغلاصة التي هي عليها . ٢ - أما إذا هلكت هذه الأشياء أو تضررت لسبب يرجع إلى القائمين بالإدارة ، فيحق للشركاء أن يطالبوا بالتعويض عن الضرر على حساب أموال الشركة ، دون الماس بالحق في ملاحقة المديرين . (وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

التقنين المدني العراقي م ٢/٦٥٥ (موافق - انظر الأستاذ حسن الفنون فقرة ١٦٠) .

تقنين الموجبات والمقود البناني : لا مقابل ، ولكن نصوص التقنين المصري تنفق مع القواعد العامة فيمكن تطبيقها في لبنان .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٧٣١ .

الأرباح بالنسبة المتفق عليها في توزيع الأرباح . أما إذا لم يف مال الشركة بخصص الشركاء ، فما نقص عن هذه الحصص فهو خسائر ، توزع بين الشركاء أيضاً بالنسبة المتفق عليها في توزيع الخسائر^(١) .

ومن ثم يكون هناك محل : (أولاً) لتوزيع قيمة الحصص على الشركاء . (ثانياً) لتوزيع ما زاد على هذه الحصص باعتبار الزائد أرباحاً . (ثالثاً) أو لتوزيع ما نقص عن هذه الحصص باعتبار الناقص خسائر .

٣٦١ - توزيع ما يعادل قيمة الحصص على الشركاء : فيبدأ المصنف

بأن يخصص من صافي مال الشركة ، لكل شريك ، مبلغاً يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال .

ويطلب أن تكون قيمة حصة كل شريك مبنية في عقد تأسيس الشركة . وعند ذلك يخصص للشريك من صافي مال الشركة ما يعادل هذه القيمة المبنية في العقد .

أما إذا كانت قيم حصص الشركاء غير مبنية في عقد تأسيس الشركة ، وجب على المصنف تقويم هذه الحصص وقت تسليمها للشركة من الشركاء . ويرجع في ذلك إلى أوراق الشركة ومستنداتها ودفاترها وإلى رأى الخبراء وشهادة الشهود عند الاقتضاء . وإذا نازع الشريك في القيمة التي قدرت بها حصته كان له أن يلجأ إلى القضاء ، ولقاضي الموضوع الكلمة الأخيرة في هذا التقدير .

وقد تكون حصة الشريك عملاً قدمه للشركة ، فلا يخصص الشريك في هذه الحالة بشيء . ذلك أن حصته في الواقع من الأمر هي استفاد هذا العمل ، فلا يبقى شيء يسترده . ولكن تقدر قيمة هذا العمل مع

ذلك ، لا لتخصيص هذه القيمة للشريك ، ولكن لتقدير النسبة التي يساهم فيها الشريك في الأرباح وفي الخسائر إذا لم تكن هناك نسبة أخرى محددة لذلك ، على ما سيأتى .

وقد تكون حصة الشريك حق المنفعة فى شيء معين بالذات (droit d'usufruit) أو مجرد حق شخصى فى الانتفاع بشيء معين بالذات (droit personnel de jouissance) ، فلا يختص الشريك فى هذه الحالة أيضاً بشيء من حصته ، لأن الحصة هنا كما فى العمل هى استفاد منفعة الشيء أو الانتفاع به ، فلا يبقى للشريك شيء يسترده . وتقدر قيمة المنفعة أو حق الانتفاع لمعرفة النسبة التى يساهم بها الشريك فى الأرباح وفى الخسائر ، كما رأينا عندما تكون الحصة عملاً^(١) .

٢٦٢ - توزيع الأرباح بين الشركاء : وعندما يتخصص لكل شريك قيمة حصته على الوجه المتقدم بيانه ، ويبقى بعد ذلك شيء من صافي مال الشركة ، فإن الباقي يعتبر أرباحاً للشركة ، ويوزع بين الشركاء بالنسبة التى توزع بها الأرباح .

وقد قدمنا أن عقد الشركة قد ينص على النسبة التى توزع بها الأرباح بين الشركاء^(٢) ، فتلتزم هذه النسبة لقسمة الباقي من صافي مال الشركة بين الشركاء . أما إذا لم يكن عقد الشركة قد نص على النسبة التى توزع

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى صدد الفقرة الثانية من المادة ٥٣٦ مدنى : « والفقرة الثانية تبين كيفية قسمة رأس المال بين الشركاء . فإذا كانت الحصة التى قسمها الشريك هى مال معين ، فله ما يبادل قيمتها المينة بالعقد ، أو قيمتها وقت تسليمها إن لم تكن مينة بالمقد : م ٥٨٨ من القانون البولونى . وإذا كان الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو كانت حصته هى حق المنفعة بمال أو مجرد الانتفاع به ، فإنه لا يتصور استرداده لقيمة الحصة فى هذه الحالة » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٤٠٣) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ١٨٩ وما بعدها .

بها الأرباح ، فقد قدمنا أن الأرباح توزع بنسبة حصة كل شريك في رأس المال^(١) . ومن ثم يوزع الباقي من صافي مال الشركة على الشركاء كل منهم بنسبة حصته في رأس المال^(٢) .

فلذا فرضنا أن الصافي من مال الشركة هو خمسة آلاف ، وأن الشركاء عددهم ثلاثة ، وقدرت حصة الأول في رأس المال بألف وحصة الثاني بثمانمائة وحصة الثالث بستمائة ، خصص لكل شريك قيمة حصته ، فيكون مجموع الحصص ألفين وخمسمائة ، والباقي من صافي مال الشركة - وهو ألفان وخمسمائة أيضاً - يعتبر أرباحاً . فلذا كانت هناك نسبة متفق عليها لتوزيع الأرباح ، وزع الباقي على الشركاء بهذه النسبة . أما إذا لم تكن هناك نسبة متفق عليها ، وزع الباقي بنسبة الحصص . فيأخذ كل شريك في هذه الحالة حصته مضاعفة ، مرة عن قيمة حصته ومرة أخرى عن نصيبه في الربح ، لأن قيمة الحصص في الفرض الذي نحن بصدد معادلة لقيمة الأرباح .

٣٦٣ - توزيع الخسائر بين الشركاء : أما إذا لم يف الصافي من مال

الشركة بحصص الشركاء ، فإن ما نقص من هذه الحصص يعتبر خسائر ، ويوزع على الشركاء بالنسبة التي توزع بها الخسائر . فإن كان متفقاً على نسبة معينة ، التزمت هذه النسبة في توزيع ما نقص من صافي مال الشركة عن قيمة الحصص . وإن لم يكن متفقاً على نسبة معينة ، كان التوزيع على كل شريك بنسبة حصته في رأس المال^(٣) .

(١) انظر آتفاً فقرة ١٩٢ وما بعدها .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية

٤ ص ٤٠٤ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية :

ص ٤٠٤ .

فإذا فرضنا أن الصافي من مال الشركة هو ألفان ، وأن الشركاء عددهم ثلاثة ، وقدرت حصة الأول في رأس المال بثلاثة آلاف ، وكانت حصة الثاني منفعة قدرت بخمسة ، وكانت حصة الثالث عملاق قدر بخمسة أخرى ، خصص للشريك الأول من صافي مال الشركة قيمة حصته ، أما الثاني الذي حصته منفعة والثالث الذي حصته عمل فلا يأخذان شيئاً عن حصتهما^(١) كما سبق القول . فتبين أن صافي مال الشركة لا يفي بحصة الشريك الأول ، إذ الصافي ألفان وحصة الشريك الأول ثلاثة آلاف ، فيأخذ الشريك الأول كل الألفين ، وما نقص وهو ألف يعتبر خسائر . فإذا لم تكن هناك نسبة متفق عليها في توزيع هذه الخسائر بين الشركاء ، وزعت عليهم كل بنسبة حصته . ومن ثم يوزع الألف ، وهو الخسائر ، على الشركاء الثلاثة بنسبة حصصهم ، أي بنسبة ثلاثة آلاف حصة الأول إلى خمسة حصة الثاني إلى خمسة حصة الثالث . فيتحمل الشريك الأول ثلاثة أرباع الخسائر ، أي سبعة وخمسين من الألف ، ويتحمل كل من الشريكين الآخرين نصف الربع من الخسائر . فيرجع الشريك الأول على كل منهما بمائة وخمسة وعشرين ، فيكون ما يأخذه منهما معاً مائتين وخمسين ، وذلك إلى جانب الألفين وهو المبلغ الذي سبق أن خصص له في مقابل حصته .

(١) ولكن يتردد الشريك الذي حصته منفعة للعين المنتفع بها ، ويستردها بالحالة التي هي عليها . وإذا هلكت أو تميّت بخطأ المديرين ، رجع الشريك بالتعويض على الشركة ، دون إخلال بمسئولية المديرين . أما إذا هلكت بسبب أجنبي ، فالهلك على الشريك . انظر في هذا المعنى م ٥٣٥ ليس كائناً فقرة ٢٥٩ في الخامس ، وانظر أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٣٨٥ ص ٦٨ - جوسران ٢ فقرة ١٣٢٧ .

وإذا كانت حصة الشريك هي الانتفاع بترخيص (permits) أو بالترام (concession) ، كان لهذا الشريك استرداد الترخيص أو الالتزام عند تصفية الشركة (استئناف مخطط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٦٣) .

٣٦٤ - التخصيص الشرأ - نص قانوني : ونص المادة ٥٣٧

من التفتين المدنى على ما يأتى : « تتبع فى قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع » (١) .

وبمخلص من ذلك أنه متى تحدد نصيب كل شريك فى الصافى من مال الشركة على النحو الذى تقدم بيانه ، فتخصص لكل شريك قيمة حصته فى رأس المال ، يضاف إليها نصيبه فى الأرباح أو ينقص منها نصيبه فى الخسائر ، فقد أصبح هذا الصافى من مال الشركة - وهو مملوك فى الشيوع لجميع الشركاء كما قلنا - مهدداً فيه نصيب كل شريك شائعاً .

فإذا كان صافى مال الشركة نقداً ، تبسّر توزيعه على الشركاء ، كل بنسبة نصيبه ، ولا محل فى هذه الحالة لإجراء القسمة عيناً .

أما إذا كان هذا الصافى أعياناً معينة بالذات ، متقولا كان أو عقاراً ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٥ فى المشروع النهائى ، ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٧ (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٤٠٦) .

ولا مقابل النص فى التفتين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل فى التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدنى السورى م ٥٠٥ (مطابق) .

التفتين المدنى الليبى م ٥٣٦ (مطابق) .

التفتين المدنى العراقى م ٦٥٦ (مطابق) . وانظر فى شركة الوجوه وشركة المضاربة وشركة

الأعمال فى التفتين المدنى العراقى المواد ٦٥٨ إلى ٦٨٣ من هذا التفتين .

تفتين الموجبات والنفود اللبناني : يورد أحكام قسمة الأموال الشائعة تفصيلاً فى المواد

٩٤١ إلى ٩٤٩ - ذلك أن هذا التفتين قد جمع بين شركة الملك (أى المال الشائع) وشركة

المعد ، فصح أن يورد أحكام قسمة المال الشائع فى كتاب الشركات بهذا المعنى الواسع .

أو اشتمل على أعيان معينة بالذات ، بقيت هذه الأعيان شائعة بين الشركاء . ويتقضى هذا الشبوع بالقسمة ، شأن كل مال شائع . وقد أحالت المادة ٥٣٧ مدنى السالفة الذكر صراحة على القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع . فلكل شريك أن يطالب بالقسمة ، وعندئذ تسرى الأحكام الواردة فى المواد ٨٣٤ إلى ٨٤٩ مدنى ، وبموجبها يكون عند الكلام فى الملكية الشائعة .

الباب الثالث

عقد القرض

والداخل الدائم

مقدمة^(١)

٣٦٥ - التعريف بقدر القرض ومغايضه - نص قانوني :

تنص المادة ٥٣٨ من القانون المدني على ما يأتي :

« القرض عقد يلتزم به القرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثل آخر ، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته »^(٢) .

ويقابل هذا النص في القانون المدني السابق المادة ٥٦٦/٤٦٥^(٣) .

• مراجع : جوار في عقد القرض - لوبري دور وإيمان الطبعة السادسة جزء ١ - هودري وفال الطبعة الثالثة جزء ٢٢ - بلايول وديوير وسلفاتيه الطبعة الثانية جزء ١١ - دي باج وديركز (Dekkers) جزء ٥ - بلايول وديوير وبولاجيه الطبعة الثالثة جزء ٢ - كولان وكايتان ودي لاموراندوير الطبعة العاشرة جزء ٢ - جوسران الطبعة الثانية جزء ٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ، لفظ prêt - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة جزء ٢ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي في العقود المسماة سنة ١٩٥٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٢ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في القانون المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٦ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٨ (مجموعة الأعمال الصغيرة ٤ ص ٤٠٩ - ص ٤١٠) .

(٢) القانون المدني السابق م ٥٦٦/٤٦٥ : والمادة بالاستهلاك هي أن المبرر ينقل إلى المستعير ملكية شيء يلتزم المستعير بتسليمه شيء آخر من عين نوعه ومقداره وصفته بعد انتهاء القرض عليه .

(القانون المدني السابق كان يحصر القرض حقاً مالياً إلا بالتسليم ، أما القانون المدني الجديد فيحصره حقاً مالياً يتم بمجرد توافيق الإيجاب والقبول . والعبارة بتسليم تكونين القيد ، لأن كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلتتم القرض إلا بالتسليم ، وإلا تم بمجرد توافق الإيجاب والقبول . حل أن القيد الذي لم يتم التسليم فيه قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ يمكن إبعاده وحل القرض بمجرد التوافق على تسليمه الشيء فتم القرض) .

ومقابل في الضمينات المدنية العربية الأخرى : في الضمين المدني السوري م ٥٠٦ - وفي الضمين المدني الليبي م ٥٣٧ - وفي الضمين المدني العراقي م ٦٨٤ - وفي تضمين الموجبات والعقود البنائي م ٧٥٤ - ٧٥٥ (١).

ويخلص من النص المتختم الذكر أن عقد القرض جله يكون دائماً شيئاً مثلاً ، وهو في الغالب تقود . فيقتل المقرض إلى المقرض ملكية الشيء المقرض ، على أن يسترد منه مثله في نهاية القرض ، وذلك دون مقابل أو بمقابل هو الفاتلة . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في محل القرض .

وقف الآن من عقد القرض عند الخصائص الآتية ، وهي خصائص يمكن استخلاصها من التعريف السالف الذكر : (١) عقد القرض عقد رضائي (٢) وهو عقد ملزم للجانبين (٣) وهو في الأصل عقد تبرع وقد يكون عقد معاوضة .

(١) الضمينات المدنية العربية الأخرى :

الضمين المدني السوري م ٥٠٦ (مطابق) .

الضمين المدني الليبي م ٥٣٧ (مطابق) .

الضمين المدني العراقي م ٦٨٤ : القرض هو أن يدفع شخص لآخر مئمة مملوكة من الأعيان المالية أو تسبكه بالانتفاع بها ليرد مثلاً . (ونظائر أن عقد القرض في الضمين العراقي عقد صبي : انظر الأستاذ حسن الفنون فقرة ٢١٠) .

تضمين الموجبات والعقود البنائي م ٧٥٤ : قرض الاستهلاك عقد بمقتضاه يملك أحد الطرفين القرض الآخر تقوداً أو غيرها من المنافع ، بشرط أن يرد إليه المقرض في أجل المتفق عليه نقداً أو بمثلها نوعاً وصفة .

م ٧٥٥ : يتخذ أيضاً قرض الاستهلاك إذا كان لدائن في ذمة شخص آخر على سبيل الرديئة أو غيرها مبلغ من النقود أو المنافع ، فأجاز للمدين أن يدين له تلك النقود أو الأشياء على الإقراض . (ونظائر أن الضمين البنائي يملك المقرض مئمة مملوكة لا يتم إلا بالتسليم ، ويسته بالتسليم الحكم فيها إذا كان الشيء المقرض عند المقرض قبل المقرض على سبيل الرديئة أو غيرها ويسته القرض بقصد القرض) .

٣٦٦ - **القرض رضائي** : يظهر من تعريف القرض كما لورده المادة ٥٣٨ مدني أن القرض يتم بمجرد تلاق الإيجاب والقبول ، أما نقل ملكية الشيء المقرض وتسليمه إلى المقرض فهذا التزام ينشئ عقد القرض في ذمة المقرض ، وليس ركناً في العقد ذاته^(١) .

ولم يكن الأمر كذلك في التقنين المدني السابق ، إذ كان القرض في هذا التقنين عقداً عينياً لا يتم إلا بتسليم الشيء المقرض إلى المقرض ونقل ملكيته إليه (م ٥٦٦/٤٦٥ مدني سابق) . وكان التقنين المدني السابق يسير في ذلك على غرار التقنين المدني الفرنسي ، وكلا التقنينين وورث عينية عقد القرض عن القانون الروماني دون مبرر . فقد كانت هذه العينية مفهومة في القانون الروماني حيث كانت العقود في الأصل شكلية ، ثم استغنى عن الشكل بالتسليم في العقود العينية ومنها القرض . ولم يسلم القانون الروماني بأن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من العقود سمى بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبحت القناعة أن التراضي كاف لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتض لإحلال التسليم محل الشكل ، إذ لم تعد في حاجة لا إلى الشكل ولا إلى التسليم . وهذا هو اتجاه التقنينات الحديثة ، فإن تقنين الالتزامات السويسري (م ٣٢١ و م ٣٢٩) جعل القرض عقداً رضائياً ، وعلى نهج سار التقنين للمدني المصري الجديد^(٢) .

وعينية عقد القرض في القانون الفرنسي يتقدما الفقه بحق ، إذ هي كما قلنا ليست إلا أثرأ من آثار تقاليد القانون الروماني بقي بعد أن زال

(١) انظر الملائكة الإيضاحية للشروح التمهيد في مجموعة الأعمال المصحورة :

ص ٤١٠ .

(٢) انظر الوسيط الدولي ١ فقرة ٤٩ .

مبرره . وكان هوئيه يقيهما على أساس أن المقرض لا ينبغي أن يلزم
برد مثل الشيء المقرض إلا بعد أن يقبض هذا الشيء^(١) . ويمكن الرد
على ذلك بأنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم عقد القرض قبل أن يتولد
في ذمة المقرض التزام برد المثل ، ثم يتولد هذا الالتزام بعد أن يتولد
المقرض التزامه بإعطاء الشيء إلى المقرض . وهذا هو الذي يحدث في عقد
الإيجار ، فإن المستأجر لا يلزم برد العين المؤجرة إلا بعد أن يتولد المؤجر
التزامه بتسليمها إياه ، ومع ذلك يتم عقد الإيجار قبل هذا التسليم إذ هو
عقد رضائي دون شك^(٢) .

على أنه لا توجد أهمية عملية من القول بأن القرض عقد عيني لا يتم
إلا بالتسليم ، ما دامت الرضائية هي الأصل في التعاقد . ففي القانون
الفرنسي يمكن أن يحل محل القرض العيني وعد بالقرض رضائي ينتهي إلى
ذات النتيجة التي ينتهي إليها القرض العيني . وما على المتعاقدين إلا أن
يتعاقدا على وعد بالقرض ، فيعد أحدهما الآخر أن يقرضه شيئاً . ويتم
الوعد في هذه الحالة بمجرد التراضي ، لأن الأصل في التعاقد الرضائية
كما قلنا . وعند ذلك يستطيع الموعد له أن يجبر الواعد على تنفيذ
وعده ، فيسلم منه الشيء الموعد بقرضه ، فتصل بذلك عن طريق الوعد
بالقرض إلى القرض الكامل^(٣) .

(١) هوئيه في الالتزامات ٦ - وانظر أيضاً جيهوار فقرة ٨ - فقرة ٩ .

(٢) بودري وقال ٢٣ فقرة ٩٦ و فقرة ٧٠١ .

(٣) انظر في تفصيل ذلك نظرية السيد المؤلف فقرة ١٢٢ - فقرة ١٢٣ - الأستاذ
عسود جمال الدين زكي في العقود المسماة ص ١٧٧ حاشي ١ - بلانجيل وريبير ومالاتيه ١١
فقرة ١١٣٦ - وانظر في عهد التفتين للمنفى السابق حيث كان القرض مقداً حيناً وكان يمكن أن
يسأله وده ملزم بالقرض : استئناف غنطل ٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٦ ص ١٨٧ - ولقرون
استئناف غنطل ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٩ .

٢٦٧ - القرض ضد ملزم للجانبين : والقرض ينشئ التزامات

مقابلة في جانب كل من القرض والقرض ، فهو إذن عقد ملزم للجانبين . والالتزامات التي ينشئها في جانب القرض هي أن ينقل ملكية الشيء المقرض ويسلمه إياه ، ولا يسترده منه إلا عند نهاية القرض ، ويضمن الاستحقاق والعيوب الخفية . أما الالتزامات التي ينشئها في جانب المقرض فهي أن يرد المثل عند نهاية القرض وأن يدفع المصروفات ، وقد يدفع فوائد مقابلاً للقرض . وسأتي تفصيل كل ذلك .

وليس القرض عقداً ملزماً للجانبين منذ أصبح عقداً رضائياً فحسب ، بل هو في نظرنا كان ملزماً للجانبين حتى لما كان عقداً عينياً في التقنين المدني السابق . ذلك أن القرض وهو عقد عيني كان ينشئ التزاماً في ذمة القرض ، لا بالتسليم فإن هذا كان ركناً لا التزاماً ، بل بالامتناع عن استرداد المثل قبل نهاية القرض . يؤكد ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٥٣٩ مدني من أنه « يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع للعقد للمقرض ، ولا يجوز له أن يطالبه برد المثل إلا عند انتهاء القرض » . فالالتزام بتسليم الشيء للمقرض كان في التقنين المدني السابق ركناً لا التزاماً كما سبق القول ، أما الالتزام بالامتناع عن المطالبة برد المثل إلا عند انتهاء القرض ، فهذا الالتزام قائم في ذمة القرض سواء كان القرض عقداً رضائياً أو عقداً عينياً . ويتبين من ذلك أن القرض ، عندما كان عقداً عينياً ، كان ينشئ التزاماً في جانب القرض ، وقد يكون من الالتزامات المقابلة له في جانب المقرض التزام بدفع فوائد حشرفة في العقد . فإذا أخل المقرض بالتزامه من دفع الفوائد ، جاز للمقرض طسخ القرض واسترداد ما أقرض . وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة التسخ تسري على عقد القرض ، فلا تكون

في حاجة إلى القول مع بعض الفقهاء إن قاعدة التسخير تسري على العقود الملزمة لجانب واحد كما تسري على العقود الملزمة للجانبين ، ولا إلى مسايرة فقهاء آخرين في تسمية التسخير في عقد القرض بالإسقاط (déchéance) ، بل يبقى التسخير على طبيعته مقصوراً على العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد القرض حتى لو كان عقداً عيئاً . ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم في عقد القرض التزاماً لا ركناً وأصبح القرض عقداً رضائياً ، وذلك أن القرض إذا فسخ العقد في حالة إخلال المقرض بالتزامه من دفع الفوائد ، فإن المقرض لا يتحمل بذلك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بالامتناع عن المطالبة بالاسترداد إلى نهاية القرض^(١) .

٣٦٨ - القرض هو تبرع في الأصل : والأصل في عقد القرض أن يكون تبرعاً ، إذ المقرض يخرج عن ملكية الشيء إلى المقرض ولا يسترد المثل إلا بعد مدة من الزمن ، وذلك دون مقابل ، فهو تبرع . على أنه إذا اشترط على المقرض دفع فوائد معينة في مقابل القرض ، أصبح القرض عقد معاوضة . ولكن الفوائد لا تجب إلا إذا اشترطت ، إذ الأصل في القرض كما قلنا أن يكون عقد تبرع وتقول المادة ٥٤٢ في هذا المعنى : « على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على الفوائد اعتبر القرض بغير أجر » .

٣٦٩ - تميز القرض عن بعض ما يلتبس به من العقود : والقرض يتميز تميزاً واضحاً عن بعض العقود ، فلا يلتبس بها . من ذلك عقد

(١) انظر في الالتزامات على رأينا هنا وفي الرد على الالتزامات الوسيط المؤلف جزء ١ .

المبة ، فالقرض نقل ملكية الشيء على أن يسرد مثله ، أما المبة فتنقل ملكية الشيء على ألا يسرده لا هو ولا مثله . وإنما يشترك القرض بفير فائدة مع المبة في أن كلا منهما عقد تبرع . ومن ذلك عقد الإيجار ، فالقرض ينقل ملكية الشيء ، أما الإيجار ، فلا ينقل الملكية وإنما يلزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء على أن يرده بعينه في نهاية الإيجار ، لا أن يرد مثله كما في القرض . وإنما يشابه القرض بالغالية والإيجار من الناحية الاقتصادية في أن صاحب المال في الحالتين يعمل الغير ينفع بماله في نظير مقابل ، ومن هنا سمى المقرض بمؤجر النقود (bailleur de fonds) .

ولكن القرض قد يلتبس بقود أخرى ، نذكر منها بوجه خاص البيع والشركة والوديعة والعارية .

٢٧٠ - تميز القرض عن البيع : وفي أكثر الأحوال يتميز القرض في وضوح عن عقد البيع ، فالبيع نقل ملكية المبيع في مقابل ثمن من النقود ، أما القرض فنقل ملكية الشيء المقرض على أن يسرد مثله بفوائد أو بدون فوائد . على أنه قد يلقى في بعض الأحوال التمييز بين العقدين ، وتذكر من ذلك ما يأتي :

١ - عندما كان بيع الوفاء جائزاً - كما كان الأمر في التقنين المدني السابق - كان كثيراً ما يلتبس بالقرض ، بل كان كثيراً ما يخفى القرض ، ومن أجل ذلك حرّمه التقنين المدني الجديد . فقد كان المقرض يأخذ من المقرض العين ويسمى العقد بيع وفاء ، ويعطيه مبلغاً من النقود هو في حقيقة قرض ولكن المتعاملين يسميانه ثمناً . فلذا لم يرد المقرض النقود في الميعاد المحدد ، أصبح المقرض مالكا للعين ملكية بائنة . ولو سميت الأشياء بأسمائها الصحيحة ، لكانت العين رهناً ، ولما أمكن للقرض

أن يملكها ، بل وجب عليه بيعها في المزايد لاستيفاء القرض^(١) .

٢- ولا يزال هناك ، حتى في التقنين المدني الجديد ، نوع من الاستثناءات هو شرط التملك عند الوفاء ، بمقتضاه يقبل المقرض إذا لم يف القرض في الميعاد ، أن يملك المقرض العين المرهونة في نظير القرض ، فيقلب القرض بيعاً . والفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة ، أن العقد في الصورة السابقة يبدأ بيعاً ويبقى بيعاً ، أما في الصورة التي نحن بصددنا فيبدأ العقد قرضاً ثم يتحول بيعاً . وشرط التملك عند عدم الوفاء باطل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٢ مدني في هذا المعنى على أنه « يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظر ثمن معلوم أيًا كان . . . »^(٢) .

٣- وهناك ما يسمى ببيع العينة ، وحقيقته قرض . وصورته أن يبيع المقرض متاعاً للمقرض بشمن معجل يقبضه منه وهذا هو القرض ، ثم يعيد المقرض بيع نفس المتاع من المقرض بشمن مؤجل أعلى من الثمن المعجل الذي دفعه . مثل ذلك أن يبيع شخص ساعة من آخر بشمن معجل هو عشرون مثلاً . فإذا قبض البائع للعشرين ، عاد فاشتري الساعة ذاتها بمن اشترأها منه بخمس وعشرين مؤجلة . فتعود إليه الساعة ،

(١) وحكمة الموضوع هي التي تستخلص في المتأخرين حل انصرف إلى القرض لا إلى البيع ، وتستخلصها من ظروف القضية . وقد نفت حكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة حين كانت إن العقد المتنازع عليه مقد قرض لا بيع خلافاً للظاهر ، قد أثبتت ذلك حل أن في طريقه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع ، مستخلصة هذه الفية من ورقة العقد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذي أجرى في الدعوى والقرائن الأخرى التي أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه حلن الحائز من حكمها ، فيعين رفض هذا الحلن (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٠ ص ٣٩٠) .

(٢) انظر أيضاً بالنسبة إلى زمن الحيازة م ١١٠٨ مدني .

وينتهى الأمر إلى أنه قبض عشرين معجلة سماها ثمن الساعة ، والزم بخمس وعشرين مؤجلة ، والفرق فوائد ويطلب أن تكون فوائد قاحلة سترها عقد البيع^(١) .

٢٧١ - تمييز القرض عن الشركة : ويتميز القرض عن الشركة تمييزاً واضحاً في أكثر الأحوال . فالقرض يسترد المثل من المقرض . ولا شأن له بما إذا كان المقرض قد ربح أو خسر من استغلاله للقرض . أما الشريك فلا يسترد حصته من الشركة بعد انتقضائها إلا بعد أن يساهم في الربح أو في الخسارة . وقد قلنا أن هذه المساهمة في الربح وفي الخسارة هي التي تميز الشركة عن القرض .

ويذكر التمييز ، كما رأينا عند الكلام في الشركة^(٢) ، إذا قدم شخص مالاً لآخر ، واشترط عليه أن يسترد مثله وأن يساهم في الربح دون الخسارة . فمن رأى أن هذه شركة رآها شركة باطلة ، إذ هي شركة الأسد^(٣) . ومن رأى أن هذا قرض اعتبر أن من قدم المال قد أقرضه للآخر ، واشترط فائدة للقرض هي نسبة معينة من الربح ، وتكون الفائدة هنا أمراً احتياطياً قد يتحقق إذا تحقق ربح وقد لا يتحقق إذا انعدم الربح . وينبئ على ذلك أنه إذا تحقق ربح وزاد نصيب المقرض فيه على الفائدة المسموح بها قانوناً ، أنزل النصيب إلى الحد القانوني . وينبئ على ذلك أيضاً أن المقرض لا يشترك غالباً في إدارة العمل الذي قدم المال من

(١) وهذا ما كان يوتيه سيب *Mohatra* ، ويطلب أن يكون من بيع البينة في الفقه الإسلامي .

(٢) انظر آتياً فقرة ١٥٩ .

(٣) انظر آتياً فقرة ١٢١ .

أجله ، ولا تكون له رقابة عليه إذ ليس بشريك^(١) . ويتوقف الأمر على نية الطرفين ، فإن انصرفت نيتهما إلى المشاركة في العمل ، اعتبر من قدم المال شريكاً اشترط عدم المساهمة في الخسارة فتكون الشركة باطلة ، وإلا كان العقد قرصاً على النحو الذي أسلفناه^(٢) .

وقد تنفق جماعة على أن يقدم كل منهم مبلغاً من النقود ، على أن يأخذ كل منهم بدوره مجموع هذه المبالغ مدة عام مثلاً ، ويردها ليأخذها غيره . فينتفع كل منهم بمجموع هذه المبالغ مدة معينة . وهذا ما يسمى بقرض الائتلاف المؤجل (prêt à crédit différé)^(٣) . فهذا عقد ظاهره شركة تختلط بالقرض ، ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اتفاق مستخدمي متجر على أن يودعوا ما يقتصدونه عند أحدهم ليستثمره لمصلحتهم ، وعند الاقتضاء يقدم منه شيئاً إلى من كان في حاجة إلى ذلك ، لا يعتبر عقد شركة ، بل هو عقد غير مسمى يلود بين الوكالة والوديعة الناقصة ، فلا يجوز الحكم بالحل والتصفية^(٤) . ولا يجوز لمستخدم منهم خرج من الخدمة أن يطالب بحل المينة وتصفيتها ، بل كل ما يستطيع هو أن يطالب بقيمة حصته وقت خروجه^(٥) .

٢٧٢ - تمييز القرض عن الوديعة : ويتميز القرض عن الوديعة في

(١) انظر حكم محكمة استئناف مصر في ٨ أبريل سنة ١٩٤٣ المحبوبة الرسمية ١٣ رقم ٢٤٤ آنفاً فقرة ١٦٠ في الماش .

(٢) بودري وقال ٢٣ فقرة ٦٩٣ - وانظر في الفروق بين الشركة والقرض بودري وقال ٢٣ فقرة ٦٩٥ بلانيول وديير وسلفاتيه ١١ فقرة ١١٣٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ في الماش - وانظر في هذا القرض في فرنسا بلانيول وديير وسلفاتيه ١١ فقرة ١١٤١ مكررة ثالثاً .

(٤) استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٢٣ .

(٥) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٧٣ .

أن القرض ينقل ملكية الشيء المقرض إلى المقرض على أن يرد مثله في نهاية القرض إلى المقرض ، أما الوديعة فلا تنقل ملكية الشيء المودع إلى المودع عنده بل يبقى ملك المودع ويسترده بالذات . هنا إلى أن المقرض يضع مبلغ القرض بعد أن أصبح مالكا له ، أما المودع عنده فلا ينفع بالشيء المودع بل يلتزم بحفظه حتى يرده إلى صاحبه :

ومع ذلك فقد يودع شخص عند آخر مبلغاً من النقود أو شيئاً آخر مما يملك بالاستعمال ، ويأذن له في استعماله ، وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) . وقد حسم التقنين المبنى الجديد الخلاف في طبيعة الوديعة الناقصة ، فكيفها بأنها قرض . ونقول المادة ٧٢٦ مبنى في هذا المعنى : « إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شيء آخر مما يملك بالاستعمال ، وكان المودع عنده مأذوناً له في استعماله ، اعتبر بالعقد قرضاً » .

أما في فرنسا فالفقه مختلف في تكيف الوديعة الناقصة . والرأى الغالب هو الرجوع إلى نية المتعاقدين . فإن كان صاحب النقود قصد أن يتخلص من عتاء حفظها بإيداعها عند الآخر ، فالعقد وديعة . أما إن قصد الطرفان منفعة من تسليم النقود عن طريق استعمالها اصلحت ، فالعقد قرض . ويكون العقد قرضاً بوجه خاص إذا كان من تسليم النقود مصرفاً^(١) .

٢٧٣ - تمييز القرض عن العارية : وقد درج كثير من التقنينات - منها التقنين الفرنسي والتقنين المصري السابق - على جمع القرض والعارية في مكان واحد وتسمية العقدين بالعارية ، ولتمييز بينهما يسمى القرض عارية استهلاك (prêt de consommation) والعارية عارية استعمال (prêt à usage) .

(١) انظر في هذه المسألة يودى وقال ٢٣ فترة ١٩٠٢ - فترة ١٠٩٧ .

والفرق ما بين العقدين فرق جوهرى . ففى القرض ينقل المقرض ملكية شيء مثل على أن يسترد المثل عند نهاية القرض ، ومن ثم كان القرض من العقود التى ترد على الملكية . أما فى العارية ، فالمعير لا ينقل ملكية العين المعارة إلى المستعير ، بل يقتصر على تسليمها إياه لينضع بها على أن يردها بذاتها عند نهاية العارية ، ومن ثم كانت العارية من العقود التى ترد على الانتفاع بالشيء . ومن أجل ذلك فرق التقنين المدنى البلطيد ما بين العقدين ، فوضع القرض بين العقود التى ترد على الملكية ، والعارية بين العقود التى ترد على الانتفاع بالشيء .

والذى يميز القرض عن العارية أن محل القرض يجب أن يكون شيئاً مثلياً ، لأن المقرض يلتزم برده مثله (م ٥٣٨ مدنى سالفه الذكر) . أما محل العارية فيجب أن يكون شيئاً قيمياً لا مثلياً ، لأن المستعير يرده بعينه لا بمثله . ومع ذلك فقد عرفت المادة ٦٣٥ مدنى العارية بأنها « وقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو فى غرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال » . والصحيح أن العبرة بالثلية والقيمية ، لا بالقابلية للاستهلاك وعدم القابلية له . فقد يفرض شخص آخر شيئاً غير قابل للاستهلاك ، ما دام هذا الشيء مثلياً . مثل ذلك أن تقرض مكتبة من أخرى نسخة من كتاب لتعيمها إلى عميل ، على أن ترد مثلها إلى المكتبة التى أقرضتها للنسخة . وقد يعير شخص آخر شيئاً قابلاً للاستهلاك ، ما دام هذا الشيء قد اعتبر لنواته فأصبح قيمياً على هذا النحو . مثل ذلك أن يعير شخص صرافاً مبلغاً من النقود يعرض به عجزاً عنه ، على أن يرد الصراف هذا المبلغ بذاته إلى المعير بعد انتهاء التفتيش . ومثل ذلك أيضاً أن يعير شخص صيرفاً قطعاً من النقود يضمها فى « القرينة » على أن يردها بذاتها^(٢) . (prêt ad pompam . et ostentationem)

(١) انظر بودرى وقال ٢٤ فقرة ٦٠١ - وإذا أعار شخص آخر أسهماً ينضع بفوائدها -

٢٧٤ - التقييم القسري للقرض والمدخل الدائم : كان التقييم المدنى السابق يجمع ، كما قلنا ، بين القرض والعارية في باب واحد ، وكان يضم إلى كل من القرض والعارية في نفس الباب الدخل الدائم والإيرادات المرتبة مدى الحياة . ولما كانت الصلة مفقودة بين هذه العقود المتنافرة في طبيعتها ، فقد فصل بينها التقييم المدنى الجديد ، وجعل القرض والدخل الدائم وهما من طبيعة واحدة في فصل واحد بين العقود الواردة على الملكية . وجعل العارية في فصل مستقل بين العقود الواردة على الانتفاع بالشيء . وخصص للإيزاد المرتب مدى الحياة فصلا مستقلا بين عقود التفرز إذ هو منها . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « يجمع التقييم الحالى (السابق) ما بين عارىق الاستعمال والاستهلاك والدخل الدائم والدخل المرتب مدى الحياة في باب واحد ، والصلة ما بين هذه العقود أقرب إلى أن تكون لفظية ، وإلا فإن طبيعة كل عقد تتنافر مع طبيعة العقد الآخر ، فعارية الاستعمال ترد على المنفعة ، أما عارية الاستهلاك فتد على الملكية . وإذا كان الدخل الدائم عقداً محدداً ، فإن الدخل المرتب مدى الحياة عقد احتالى . والأولى أن يجمع عارية الاستهلاك والدخل الدائم في مكان واحد فكلاهما قرض ، وأن توضع عارية الاستعمال مكانها بين العقود التى ترد على المنفعة ، والدخل المرتب

« على أن يرد الأسم بالذات ، فالمقد عارية لا قرض (استئناف مخطط ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٤) - وألم الفرق بين القرض والعارية - وما الآن عقدان رضائيان ملزمان للجانبين في التقييم المدنى الجديد - أن القرض عقد ناقل للملكية والعارية لا تنقل إلا حيازة عرسية (ويستج ذلك نتائج عامة في تبة الهلاك وفي حقوق القرض أو المعبر عنه إصدار المقرض أو المستبر) ، وأن القرض قد يكون تبرعاً أو مدفوعة إذا كان بفائدة أما العارية فلا تكون إلا تبرعاً ، وأن السبر على عكس المقرض أن يسترد العين المارة قبل الوقت المحدد في العقد إذا عرضته حاجة عامة (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٦٠٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود السلة ٢ فقرة ٢٢٥) .

على الحياة مكانه بين العقود الاحتمالية . وهذا ما فعل المشروع^(١) .
وقد رتب التقنين المدني الجديد عقد القرض ترتيباً منطقياً لا نجد
في التقنين المدني السابق ، فذكر أولاً التزامات القرض ، وهي إلى جانب
نقل الملكية تسليم الشيء وضمان الاستحقاق وضمان العيب ، وهذه هي
الالتزامات التي تنشأ عادة العقود الناقلة للملكية ، وأينها قبل ذلك في البيع
والمقايضة والمدة والشركة . ثم ذكر بعد ذلك التزامات المقرض ، وهي
رد المثل ودفع الفوائد إن وجدت . وذكر أخيراً الوجه الذي ينتهي
بها القرض^(٢) .

أما الدخل الدائم ، فقد أوجز فيه التقنين المدني السابق لإيجازاً غلظ .
فخالج التقنين المدني الجديد هذا العيب ، إذ عرف العقد ، وبين أحكامه ،
وأفاض بوجه خاص في أحكام الاستبدال به والاستبدال خصيصاً
رئيسية فيه^(٣) .

٢٧٥ - أهم الفروق بين التقنين الجديد والتقنين السابق في عقد

القرض : وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أهم الفروق
بين التقنين الجديد والتقنين السابق في عقد القرض فيما يأتي :

١ - جعل التقنين الجديد القرض عقداً رضائياً ، وكان عيناً في
التقنين السابق .

٢ - يبين التقنين الجديد في وضوح أن القرض عقد ملزم للجانبين ،
فهناك التزامات في ذمة المقرض تقابلها التزامات أخرى في ذمة المقرض .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٧ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٨ .

٣- نقل التقنين الجديد أحكام القوائد إلى الأحكام العامة في نظرية الالتزام .

٤- أغفل التقنين الجديد نصاً أورده التقنين السابق خاصاً برد القيمة العددية للنقد أياً كان اختلاف أسعار المسكوكات ، اكتفاء بالنص العام (م ١٣٤ مدني) الوارد في هذا الشأن .

٥- يبين التقنين الجديد أسباب انقضاء القرض بياناً وافياً . وجدد في مسألة هامة ، إذ أجاز انتهاء القرض بفائدة متى انقضت ستة أشهر على القرض وأعلن المدين رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترض ، على أنه يلزم المدين بأداء القوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان^(١)

٢٧٦- **خطـة البحث :** ونبحث القرض والدخل الدائم في فصول ثلاثة متعاقبة ، فنبحث أركان القرض في الفصل الأول ، ثم آثار القرض في الفصل الثاني ، ثم الدخل الدائم في الفصل الثالث :

(١) انظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأموال الصغيرة

الفصل الأول

أركان القرض

٢٧٧ - **أركان القرض** : لعقد القرض ، شأنه في ذلك شأن سائر العقود ، أركان ثلاثة : التراضي والمحل والسبب .

الفرع الأول

التراضي في عقد القرض

٢٧٨ - **شروط انعقاد شروط القرض** : نتكلم في شروط الانعقاد في التراضي ، ثم في شروط صحة التراضي .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

٢٧٩ - **توافق الإيجاب والقبول** : **ألف في عقد القرض** : قدمنا أن عقد القرض عقد رضائي ، فيكفي لانعقاده توافق الإيجاب والقبول من المقرض والمقرض .

ولا توجد في هذا الصدد أحكام خاصة بعقد القرض ، ففسرى القواعد العامة في نظرية العقد . من ذلك طرق التعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمناً ، والوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته ، والتعاقد ما بين الغائبين ، والنيابة في عقد القرض ، وغير ذلك من الأحكام العامة .

ومذ أصبح القرض عقداً رضائياً ، صار الوعد بالقرض يعدل القرض ، ولم تعد هناك أهمية للتمييز بينهما . أما عند ما كان القرض عقداً عينياً في التقنين ، المدنى السابق ، فقد قلنا أنه كان يمكن الاتفاق بعقد رضائى على وعد بالقرض ، ويكون هذا الوعد ملزماً . فيجب الواعد على تسليم ما وعد بإقراضه ، فيتم القرض بالتسليم . وكنا بذلك نصل إلى القرض عندما كان عقداً عينياً عن طريق عقد رضائى هو الوعد بالقرض (١) .

٢٨٠ - صور مختلفه لعقد القرض : وقد يتخذ القرض صوراً مختلفة أخرى غير الصورة المألوفة .

من ذلك أن نصدر شركة أو شخص معنى عام سندات . فهذه السندات قروض تعقدها الشركة أو الشخص المعنوى مع المقرضين ؛ ومن اكتب في هذه السندات فهو مقرض للشركة أو الشخص المعنوى بقيمة ما اكتب به .

ومن ذلك تحرير كيبالة أو سند تحت الإذن أو سند لحامله ، فهذه الأوراق قد تكون فروضاً يعقدها من حررها وهو المقرض لمصلحة من حررت له وهو المقرض .

ومن ذلك فتح اعتماد في مصرف لعميل ، فالعميل يكون مقرضاً من المصرف مبلغاً حده الأقصى هو الاعتماد المفتوح .

ومن ذلك إيداع نقود في مصرف ، فالعميل الذى أودع النقود هو المقرض والمصرف هو المقرض ، وقد قلنا أن هذه ودیعة ناقصة وعقبر قرضاً (٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٦

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٢

ومن ذلك تمجيل مصرف مبلغاً من التقدود لعميل لقاء أوراق مالية مودعة في المصرف ، فالمصرف يكون قد أقرض العميل هذا المبلغ الذي سجله في مقابل رهن هو الأوراق المالية المودعة في المصرف^(١) .

٢٨١ - إثبات القرض : وينخفض القرض في إثباته للقواعد العامة المقررة في الإثبات . ومن ثم لا يجوز إثبات القرض ، إذا زادت قيمته على عشرة جنهات ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها كالأقرار واليمين ومبدأ الثبوت بالكتابة^(٢) . أما إذا لم تزد قيمة القرض على عشرة جنهات فهو كان قرصاً تجارياً ، جاز إثباته بجميع طرق الإثبات ويدخل في ذلك البيئة والقرائن .

والقرض يكون تجارياً بالنسبة إلى المقرض ، ومن ثم يجوز المقرض إثباته بجميع الطرق ، إذا عقده المقرض لعمل من أعمال التجارة^(٣) . ويكون تجارياً بالنسبة إلى المقرض ، إذا كان داخلياً أعمال المقرض التجارية^(٤) . ويترب على أن القرض تجارى أو مدنى - إلى جانب طرق

(١) انظر في كل ذلك بلانيول وريبير وسالفانيه ١١ فقرة ١١٣٥ .

(٢) ولا يجوز إثبات عكس ما بالكتابة إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت سندات الدين مذكوراً فيها أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم اتضح من الرسائل الصادرة من مدعى المدين إلى مدعيا في مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبهذا أنها كانت تصدر للمدين وتشكره لإحسانه عليها وتبرعه لها ، فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلاً كتابياً كتابياً في حق وجود قرض حقيق (نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ وقر ١٧ ص ١٣٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه إذا لم يذكر في الورقة الرسمية أن مبلغ القرض دفع أمام الموقت ، جاز إثبات ما يخالف المكتوب دون حاجة إلى الطعن بالزور في الورقة الرسمية (٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢١) .

(٣) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٣٩٦ ص ١١١ - بودوى وقال ٢٢ فقرة ٨٧٤ وقر ٨٧٩ - بلانيول وريبير وسالفانيه فقرة ١١٣٨ .

(٤) بودوى وقال ٢٢ فقرة ٨٧٦ وما بعدها - بلانيول وريبير وسالفانيه ١١ فقرة

الإثبات - أن السر القانوني لفائدة يخطف ، فهو ٥ ٪ في القرض التجارى
و ٤ ٪ في القرض المالى .

وإذا حررت ورقة لإثبات القرض ، وذكر فيها أن المقرض
قد قبض مبلغ القرض ، فلا يجوز إثبات عكس ما جاء بالورقة ، وأن
المقرض لم يقبض هذا المبلغ ، إلا بالكتابة ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة
في الإثبات .

ويجوز للمتعاقدين أن يحورا بالقرض سنداً تحت الإذن حتى يسهل
تداوله ، ولا يكون في ذلك تجديد لعقد القرض^(١) .

المبحث الثانى

شروط الصحة

٢٨٢ - **الأهلية في القرض** : والأهلية التى يجب أن تتوافر في
المقرض هى أهلية التصرف ، إذ هو ينقل ملكية الشيء المقرض ، وهذا
إذا كان القرض بفائدة . أما إذا كان بغير فائدة فهو تبرع ، ومن ثم يجب
أن تتوافر في المقرض أهلية التبرع^(٢) . وإذا أقرض القاصر أو المجهور
بغير فائدة كان القرض باطلاً لأنه ضار به ضرراً محضاً ، أما إذا أقرض
بفائدة فإن القرض يكون قابلاً للإبطال لمصلحته^(٣) . ويجوز للأب والجد

(١) بلانيول وديبير وسلاطينه ١١ فقرة ١١٤٢ ص ٤٦٤ - ص ٤٦٥ .

(٢) وقد نصت المادة ٧٥٦ لبنان على أنه يجب أن يكون المقرض حاصلاً على الأهلية
للإذابة للتفرغ عن الأشياء التى يريد إقراضها .

(٣) فإذا كان القرض باطلاً أو أبطل ، جاز لنفس الأهلية أن يسترد ما أقرضه قبل
المهاد المحدد في القرض مع الفوائد المشترطة حتى يوم الرد ، أو مع الفوائد بالسعر القانوني
من يوم المطالبة القضائية إذا كان القرض بغير فائدة (بلانيول وديبير وسلاطينه ١١ فقرة
١١٣٩ مكررة راجعاً) .

أن يقرضاً مال القاصر بفائدة بإذن المحكمة (م ٩ من قانون الولاية على المال) ، ولا يجوز للأب إقراض مال القاصر بغير فائدة إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وإذن المحكمة (م ٥ من قانون الولاية على المال) (١) : وكذلك الوصي والقيم لا يجوز لهما إقراض مال القاصر أو المحجور بفائدة إلا بإذن المحكمة (م ٣٩ و م ٧٨ من قانون الولاية على المال) .

أما المقرض فتشترط فيه أهلية الالتزام ، لأنه يلتزم برد المثل ، وذلك سواء كان المقرض بفائدة أو بغير فائدة . فلا يجوز للقاصر ولا للمحجور أن يقرضاً ولو بغير فائدة ، وحتى لو كان القاصر مأذوناً له في إدارة أعماله ، ويكون العقد في هذه الحالة قابلاً للإبطال (٢) . ويجوز للأب أن يقرض باسم القاصر بغير إذن المحكمة (م ٤ من قانون الولاية على المال) ، كما يجوز ذلك للجد ولكن بإذن المحكمة (م ١٥ من قانون الولاية على المال) . ويجوز كذلك للوصي والقيم أن يقرضاً باسم القاصر أو المحجور بإذن المحكمة (م ٣٩ و م ٧٨ من قانون الولاية على المال) (٣) .

٢٨٣ - يجب الإبراء عند القرض : ولا توجد أحكام يختص بها

(١) وقد نصت المادة ٦٨٥ عراق على أنه : لا يملك الول إقراض مال من هو في ولايته .

(٢) فإنما أبطال القرض ، لم يلتزم ناقص الأهلية إلا ببرد ما عاد عليه من منفعة بسبب العقد المقتضى . (م ٢/١٤٢ مدني) ، ولا يلتزم بفتح فوائد ولو كانت مشترطة (بلاتيرول وروبير وسالتييه ١١ ققرة ١١٢٩ مكررة دأباً) . وقد نصت المادة ٦٩٣ عراق على أنه : إذا استقرض محجور عليه شيئاً فاستهلكه ، فعليه التفتان بقدر ما كسب ، فإن تلف الشيء بغيره فلا ضمان عليه . وإن كانت فيه بقية ، فالمقرض استرداده .

(٣) انظر في كل ذلك الأساطة محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ ققرة ٢٩٥ - الأساطة محمد جمال الدين زكي ققرة ٩٠ .

عقد القرض في صدد حيوب الإرادة ، فتسرى القواعد العامة المقررة في نظرية العقد . ومن ثم يكون القرض قابلاً للإبطال إذا شاب لإرادة أحد المتعاقدين عيب من حيوب الإرادة ، وحى الغلط والتدليس والإكراه ، وذلك وفقاً للأحكام المقررة في هذا الشأن .

أما الاستغلال فأحكام الفوائد تغنى عنه في عقد القرض ، إذ لا يجوز للمقرض أن يشترط فائدة تزيد على الحد الأقصى الذى يسمح به القانون وهو ٧ ٪ :

الفرع الثانى

المحل والسبب في عقد القرض

المبحث الأول

المحل في عقد القرض

(فوائد القرض)

٢٨٤ - **الشيء المقرض والفوائد** : محل القرض في الأصل هو الشيء المقرض ، وقد تشترط فوائد للقرض فيكون العقد محل آخر هو هذه الفوائد المشترطة .

المطلب الأول

الشيء المقرض

٢٨٥ - **الشروط الواجب توافرها في الشيء المقرض** : يجب أن يتوافر في الشيء المقرض الشروط العامة التى يجب توافرها في المحل . فيجب أن يكون الشيء موجوداً ، معيناً أو قابلاً للتعين ، غير مخالف لنظام العام ولا للأداب . ولما كان الشيء المقرض في الكثرة الناقلة من

الأحوال تقوداً ، فإن هذه الشروط تكون متوافرة ما دام قد حدد مقدار المبلغ المقرض . ولكن قد يقع أن يكون الشيء المقرض أشياء مثلية غير النقود ، كغلال مثلاً ، فعند ذلك يجب أن تكون كمية الغلال المقرضة موجودة عند القرض فلو كانت قد احترقت قبل القرض انعدم المحل ولا ينقذ القرض . كذلك يجب أن يكون مقدارها معلوماً ، حتى يمكن أن يرد مثلها عند نهاية القرض . وإذا كان الشيء المقرض شيئاً محرماً ، كالخيش والمخدرات ، فإن المحل يكون مخالفاً النظام العام ويكون القرض باطلاً .

ويجب ، إلى جانب هذه الشروط العامة ، أن يكون الشيء المقرض من المثليات وقد صرحت المادة ٥٣٨ مدنى سائفة الذكر بهذا الشرط ، إذ تقول كما رأينا : « القرض عقد يلزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثل آخر » . على أن طبيعة عقد القرض تقتضى أن يكون الشيء المقرض مثلياً ، إذ المقرض يملكه على أن يرد مثله ، ولا يمكن رد المثل إلا فى المثليات .

وأكثر ما يكون الشيء المقرض تقوداً كما قلنا . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون هذا الشيء غير نقود ما دام من المثليات . فيمكن اقتراض الغلال والحبوب والقطن والزيت وغير ذلك من المكبات والموزونات والمزروعات والمعدونات المتقاربة متى كانت معينة النوع والمقدار أو قابلة للتعيين^(١) .

والغالب أن يكون الشيء المثل المقرض قابلاً للاستهلاك ، سواء كان

(١) فلا يمكن إذن أن يقع قرض إلا على مضافات مادية ، لا على إضافات لأنها فى الغالب أموال هبة ، ولا على المضافات المعنوية - فيما عدا السمات الحسية - لأنها دائماً أصول هبة .

ذلك مادياً كلما كولات والمضروبات أو كان مدينياً كالنقود . فالمقرض يستهلكه ويرد مثله . ولكن قد يقع أن يكون هذا الشيء غير قابل للاستهلاك^(١) ، وقد رأينا أنه يجوز أن يقرض صاحب مكتبة من صاحب مكتبة أخرى نسخة من كتاب ليضعها إلى عياله ، على أن يرد مثلها إلى المقرض^(٢) . ولكن نسخة الكتاب هنا قد أعدت للاستهلاك ، فأصبحت قابلة للاستهلاك لا بالنسبة إلى طبعها بل بالنسبة إلى الغرض الذي أعدت له^(٣) .

٢٨٦ - إقراض مال الغير : ولما كان المقرض يلتزم بنقل ملكية الشيء المقرض إلى المقرض ، فإنه يجب أن يكون مالاً لهذا الشيء حتى يستطيع أن ينقل ملكيته . ولكن لما كان نقل ملكية الشيء المقرض هو التزام في عقد القرض ، لذلك نرى أن إقراض ملك الغير يكون صحيحاً ، ولكنه قابل للفسخ بناء على طلب المقرض ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة . ذلك أنه لم يرد في عقد القرض نص مماثل للنص الوارد في عقد البيع (م ٤٦٦ مدني) والنص الوارد في عقد الهبة (م ٤٩١ مدني) ليقضى بأن إقراض ملك الغير يكون قابلاً للإبطال . فلم يبق إذن إلا تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن عقد القرض - وهو عقد ملزم للجانبين - يكون

(١) أوبري وردو وإسيان ٦ ققرة ٣٩٤ ص ١٤١ وعلاش رقم ٢ - وقد نصت المادة ٧٥٧ من المقتنين البناني على أنه « يجوز أن يعقد قرض الاستهلاك على جميع الأشياء المنقولة من الممتلكات ، سواء أكانت تستهلك بالاستهلاك الأول أم لا » . ثم نصت المادة ٧٥٨ من نفس المقتنين على أنه « إذا أسلم المقرض أسناد دخل أو أوراقاً مالية أخرى لرهائن بدلاً من النقود المطلق عليها ، فإن قيمة القرض تحسب بناء على سعر الأسناد أو ثمن البضائع في الزمان والمكان اللذين جرى فيها التسليم ، ويكون باطلاً كل نص مخالف » .

(٢) انظر أيضاً ققرة ٢٧٣ .

(٣) ويخلص من ذلك أن الشيء المقرض يجب أن يكون مطلقاً ، وأن يكون في الوقت ذاته قابلاً للاستهلاك بالنسبة إلى غرض المتعاقدين (بلانيول وريير وبولا نجه ٢ ققرة ٢٨٩٩ - جوسران ٢ ققرة ١٣٤٨) .

قابلاً للتفسخ بناء على طلب المقرض إذا لم يف المقرض بالتزامه من نقل ملكية الشيء المقرض^(١) .

فإذا أقرض شخص آخر كمية من الغلال ولم يكن يمكنها ، فإن القرض يقع صحيحاً ، ولكن المقرض يعجز عن نقل ملكية الغلال إلى المقرض حتى لو تسلمها هذا . فتبقى الغلال في يد المقرض غير مملوكة له ، ويموز للمالك الحقيقي أن يستردها منه^(٢) . وسواء استردها للمالك الحقيقي أو لم يستردها ، فإن المقرض يستطيع أن يطلب فسخ القرض لعجز المقرض عن الوفاء بالتزامه ، وأن يطالب المقرض بالتعويض في الحدود التي يجب فيها على المقرض ضمان الاستحقاق وسيجيء بيان ذلك.

على أنه إذا كان المقرض حسن النية ، أي كان يعتقد وقت تسلم الغلال أن المقرض يملكها ، فإن المقرض يتملك الغلال بالحيازة (م ١/٩٧٦ ملغى) . ويعتبر القرض الصادر من غير مالك في هذه الحالة سبياً صحيحاً . فإذا كانت الغلال مسروقة من صاحبها أو مفقودة ، فإن المقرض لا يتملكها بالرغم من حسن نيته ، وللمالك الحقيقي أن يستردها منه خلال ثلاث سنوات من وقت للضياع أو السرقة (م ١/٩٧٧ ملغى) .

فإذا تملك المقرض حسن النية الشيء المقرض بالحيازة على النحو الذي أسلفناه ، فإنه لا يتملكه بعقد القرض بل بالحيازة كما سبق القول . ويتملكه من المالك الحقيقي لا من المقرض ، ومن ثم يرجع عليه المالك الحقيقي بما أثرى به على حسابه طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب ، لأن المقرض لم يجز الشيء

(١) انظر عكس ذلك وفي أن إقراض ملك الغير يقاس على بيع ملك الغير فيكون قابلاً

للإبطال : بودرى وقال ٢٣ فقرة ٧٢٦ وما بعدها - الأستاذ محمود كامل مرسى في العقود المسماة

٢ فقرة ٢٩٦ مكررة - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٩٥ .

(٢) كولان وكابيتان وصح لامورانتور ٢ فقرة ١٢١٩ .

المقرض إلا ملتزماً برد مثله . فإذا كان المقرض قد استهلك الشيء المقرض ، رجع عليه المالك الحقيقي - لا المقرض - بقيمة ما استهلكه عند نهاية القرض ، ويستطيع كذلك أن يرجع على المقرض إذا كان هذا مستولياً طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية^(١) .

وغنى عن البيان أن ما تقدم من إقراض ملك الغير محدود الأهمية من الناحية العملية ، فقد قدمنا أن الشيء المقرض يكون في الكثرة الغالبة من الأحوال نقوداً ، وهذه لا تميز بالتعيين ، فيتعذر أن يقال إن المقرض لا يملك النقود التي يقرضها .

المطلب الثاني

فوائد القرض

٢٨٧ - **لا تجب الفوائد إلا إذا اشترطت** : قدمنا أن القرض في الأصل عقد تبرع ، فلا تجب فوائد على المقرض ، حتى لو كان القرض تجارياً ، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك بينه وبين المقرض^(٢) . وتقول المادة ٥٤٢ مدني صراحة في هذا المعنى : « ... فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » .

(١) انظر في هذا المعنى أنسيكلوبيدى دالوز : لفظ *prêt* فقرة ٢٢٦ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٩٥ ص ١٩٤ - وانظر عكس ذلك بودرى وقال فقرة ٢٣٠ - ٧٣٠ - جيوار - فقرة ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى في النقود المسألة ٢ فقرة ٢٩٦ مكررة .

(٢) وإذا ذكر المتعاقدان أن القرض يكون دون فوائد مدة حياة المقرض أو إلى نهاية القرض ، فإن ذلك لا يكفي لاستخلاص اتفاق ضمنى على أن الفوائد تسرى عند وفاة المقرض أو عند نهاية القرض (بلانيول وريبير وسالفايتيه ١١ فقرة ١١٥٠ ص ٤٨٠ - أوبرى ورو جولييان ٦ فقرة ٢٩٦ ص ١٤٦) .

على أنه إذا لم يتفق الطرفان على فوائد القرض ، فإن ذلك لا يمنع من أنه إذا حل ميعاد رد القرض وتأخر المقرض في الرد ، استحققت عليه فوائد تأخيرية بالسعر القانوني - ٤٪ في القروض المدنية و ٥٪ في القروض التجارية - وفقاً للقواعد المقررة في الفوائد التأخيرية ، فتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، دون حاجة إلى أن يثبت المقرض ضرراً لحقه من التأخير (م ٢٢٦ و م ٢٢٨ مدني) . وقد سبق أن بينا شروط استحقاق الفوائد التأخيرية عند الكلام في نظرية الالتزام^(١) ، فنحيل هنا على ما أوردها هناك .

وبالرغم من أن القرض في الأصل عقد تبرع وأن الفوائد لا تجب إلا إذا اتفق عليها الطرفان ، فإن الغالب في العمل أن يشترط المقرض على المقرض دفع فوائد بسعر معين . ويثبت هذا الشرط وفقاً للقواعد العامة في الإثبات . ففي القروض التجارية ، وكذلك في القروض المدنية إذا لم يزد مجموع الفوائد على عشرة جنيهات ، يجوز الإثبات بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، وفي غير ذلك تجب الكتابة أو ما يقوم مقامها^(٢) .

٢٨٨ - صور مختلفة لوضوح الشروط : والصورة المألوفة لاشتراط الفوائد أن يرد في عقد القرض شرط يلزم المقرض بدفع فوائد سنوية . على أنه يجوز أن يتخذ هذا الشرط صوراً أخرى . من ذلك أن يشترط المقرض على المقرض أن يرد في نهاية القرض مبلغاً يزيد على المبلغ المقرض . فالزيادة (prime de remboursement) هي فوائد القرض تدفع مرة واحدة مع مبلغ القرض عند الرد ، ويجب أن تخضع هذه

(١) انظر الوسيط للزنت ٢ فقرة ٥٠٦ وما بعدها .

(٢) انظر في إثبات اشتراط القائمة بالقرائن : استئناف مخطط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٧م

الزيادة للقيود المفروضة على الفوائد فلا يجوز أن تزيد على الحد الأقصى المسموح به . وإذا عجل المقرض الرد قبل الميعاد ، لم يجب عليه من هذه الزيادة إلا ما يتناسب مع الوقت السابق على الرد . فإذا كان القرض ألفاً مثلاً ، واشترط المقرض أن يردّها المقرض بعد سنتين ألفاً ومائتين ، وعجل المقرض الرد بعد سنة واحدة ، وجب أولاً إنقاص المائتين وهى الزيادة إلى مائة وأربعين حتى تنزل إلى الحد الأقصى المسموح به للفوائد الانفاقية (٧ ٪) ، ثم وجب بعد ذلك إنقاص المائة والأربعين إلى النصف لأن المقرض رد القرض بعد سنة لا سنتين . ومن ثم يرد المقرض الألف التى اقترضها ومعهما سبعون هى الفوائد .

ويقع كثيراً فى القروض طويلة أن يشترط المقرض على المقرض أن يرد القرض أقساطاً سنوية متساوية ، القسط الأول يتضمن فوائد مبلغ القرض كله مع جزء بسيط من رأس المال ، والقسط الثانى يتضمن فوائد ما بقى من مبلغ القرض مع جزء أكبر من رأس المال تعادل الزيادة فيه ما نقص من الفوائد ، وتتدرج الأقساط متضمنة فوائد أقل ورأس مال أكبر ، إلى أن يصير القسط الأخير متضمناً ما بقى من رأس المال مع فوائد قليلة هى فوائد هذا الباقي . وهذه الصورة المألوفة فى القروض طويلة الأجل من شأنها أن تيسر على المقرض استهلاك رأس المال مع دفع الفوائد فى وقت مآ ، عن طريق أقساط سنوية متساوية ، وأن تنقص من الفوائد بقدر ما يستهلك المقرض من رأس المال . وإذا عجل المقرض رد القرض ، وجب أن ينضم من الفوائد ما يتناسب مع هذا التعجيل على النحو الذى رأيناه فيما تقدم^(١) .

(١) بلاتينول وريبير وسافاتييه ١١ ققرة ١١٥٢ - ولا يجوز أن تزيد الفوائد وما يضاف إليها من عمولة ومصرفات إدارة على الحد الأقصى للسر الاتفاق : استئناف مخطوط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٨١ - ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩١ . ويجب التمييز فى كل -

٢٨٩ - سعر الفائدة - إجمالية : فإذا اشترط المقرض على المقرض دفع فوائد ، فيغلب أن يقدر سعرها . ولا يجوز له في تقدير هذا السعر أن يجاوز الحد الأقصى المسموح به وهو ٧ ٪ . وتسرى القواعد المقررة في هذا الشأن ، وقد سبق أن بسطناها في النظرية العامة للالتزام ، فبينما سعر الفوائد التعويضية ، وجزاء مجاوزة سعر الفائدة ، ومتى يجوز للنزول عن هذه الحدود المقررة ومتى تجوز الزيادة عليها ، وعدم جواز نقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وعدم جواز زيادة الفوائد في مجموعها على رأس المال ، وغير ذلك من المسائل المتعلقة بهذا الموضوع^(١) .

وقد يقع أن يشترط المقرض على المقرض دفع فوائد دون أن يقدر سعرها . ففي هذه الحالة يجب على المقرض أن يدفع فوائد بالسعر القانوني ، فتكون هذه الفوائد ٤ ٪ في القروض المدنية و ٥ ٪ في القروض التجارية^(٢) . وتعتبر القروض تجارية حتى لو كانت تجارية من جانب المقرض وحده بأن خصص المقرض لعمل تجارى ، أو كانت تجارية من جانب المقرض وحده بأن كان هذا المقرض هو أحد المصارف مثلا^(٣)

= قسط بين الجزء الخاص برأس المال والجزء الخاص بالفوائد وإعطاء كل حقه : استئناف مخطط ٢٦ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٢٠ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٥ .

(١) انظر الوسيط للمؤلف الجزء الثالث فقرة ٥١٣ - فقرة ٥٢٣ .

(٢) وتنص المادة ٧٦٧ لبناني على أنه « إذا اشترط الفريقان أداء فائدة ولم يبينوا معدلها ، وجب على المقرض أن يدفع الفائدة القانونية . وفي المواد المدنية يجب أن يبين خطأ معدل الفائدة المتفق عليها حينما يكون زائداً عن الفائدة القانونية ، وإذا لم يبين خطأ فلا يجب الفائدة إلا على المعدل القانوني » . وتنص المادة ٧٦٨ لبناني على أنه « يجوز أن تؤخذ فائدة عن فوائد رأس المال إما بإقامة دعوى وإما بمقتضى عقد خاص منشأ بعد الاستحقاق . وفي كلا الحالتين يشترط أن تكون الفوائد المستحقة مائدة إلى مدة لا تقل عن ستة أشهر ، وذلك مع الاحتفاظ بالقواعد والعادات المختصة بالتجارة » .

(٣) انظر في هذا المعنى بلانويول وريبير وسافايتيه ١١ فقرة ١١٥٦ - وقارن الأستاذ

عمود جمال الدين زكي فقرة ١١٢ .

المبحث الثاني

السبب في عقد القرض

٢٩٠ - السبب في عقد القرض هو الباعث الراجع إلى التعاقب :

وقد بينا عند الكلام في نظرية السبب^(١) أن السبب ، بحسب النظرية الحديثة ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

وقد كانت النظرية التقليدية للسبب تجعل السبب في عقد القرض - وهو عقد عيني بحسب هذه النظرية - هو التسليم . ولكن يرد على ذلك بأن التسليم - وهو ركن مستقل في عقد القرض العيني - إذا انعدم لم يتعقد القرض ، لا لانعدام ركن السبب بل لانعدام ركن التسليم . على أن هذه النظرية التقليدية ، بعد أن أصبح عقد القرض عقداً ملزماً للجانبين في التقنين المدني الجديد ، تجعل سبب التزام المقرض برد مبلغ القرض هو التزام المقرض بنقل ملكه ، شأن القرض في ذلك شأن كل عقد ملزم للجانبين التزام كل من المتعاقدين فيه هو السبب في التزام الآخر . وقد بينا كيف يجب استبعاد للنظرية التقليدية في السبب^(٢) ، وكيف يجب الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد^(٣) كما سبق القول :

٢٩١ - تطبيقات النظرية الحديثة للسبب في عقد القرض : ومن

تطبيقات النظرية الحديثة للسبب في القضاء الفرنسي ما سبق أن أوردناه^(٤) من أن

(١) الوسيط لمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٤٢ وما بعدها .

(٢) الوسيط لمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٧٧ وما بعدها .

(٣) الوسيط لمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٨٢ وما بعدها .

(٤) الوسيط لمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٨٤ ص ٤٦ .

هذا القضاء يبطل قرضاً يكون قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد ، سواء كان مشتركاً معه في المقامرة أو لم يكن^(١) . ويبطل القرض أيضاً إذا كان القرض منه أن يتمكن المقرض من الحصول على منزل يديره للمهارة^(٢) ، أو أن يستفي صلات غير شريفة تربطه بخليطة له^(٣) .

وقد كان القضاء المصري يمنع في بعض أحكامه إلى الأخذ بالنظرية التقليدية السبب في عقد القرض . فقد قضت محكمة النقض بأن السبب القانوني في عقد القرض هو دفع المقرض تقدماً إلى المقرض ، ومن هنا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل ، فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد^(٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم قديم لما بأن القرض لا يكون باطلاً حتى لو كان المقرض قصد استعمال المبلغ المقرض في إدارة عين للمهارة ، وحتى لو كان القرض عالماً بذلك^(٥) . ولكن القضاء المصري ، كما سبق أن بينا^(٦) ، هجر بعد ذلك النظرية التقليدية وأخذ بالنظرية الحديثة ، فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض

(١) نقض فرنسي ٤ يولي سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٥٠٠ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣ - ١ - ٢٦ - ٢٨ يناير سنة ١٩٣٥ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ١ - ٥٢٢ .

(٢) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٨٩٥ سيدييه ٩٦ - ١ - ٢٨٩ .

(٣) نقض فرنسي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ١٧٢ - وانظر في القضاء الفرنسي بلانيول وديوير وسافاتييه ١١ ققرة ١١٤٠ .

(٤) نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ مجوعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ .

(٥) استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجوعة الرسمية لقضاء المختلط ٣ ص ١٨ .

(٦) الوسيط للمؤلف الجزء الأول ققرة ٢٩١ ص ٤٧٦ - ص ٤٧٧ .

حالاً بهذا المقصد^(١) . لكن إذا ثبت أن المقرض لم يستعمل القرض فعلا في المقامرة ، فإن الدليل على القرض غير المشروع لا يقوم ، ويكون عقد القرض صحيحاً^(٢) .

وإذا كان القضاء المصري قد أخذ في بعض أحكامه بالنظرية التقليدية للسبب في عهد التقنين المدني السابق ، فإنه بعد صدور التقنين المدني الجديد - وقد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب على ما بيناه عند الكلام في نظرية السبب^(٣) - لم يعد هناك محل للأخذ بهذه النظرية ، وأصبح من المتعين الأخذ بالنظرية الحديثة في عقد القرض وفي غيره من العقود . فيجب إذن الاعتداد بالباعث الدافع إلى التعاقد في عقد القرض ، وجعله هو السبب ما دام التعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث أو ينبغي أن يعلم به .

(١) استئناف مخطط ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م

م ٤١ ص ٣٩٤ .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ يونيو سنة ١٩٣١ جلوس ٢٢ رقم ٢٧٩ ص ٢٤٩ .

(٣) الوسيط للوفد أنجلز - الأول فقرة ٢٨٩ .

(الوسيط - م ٢٩)

الفصل الثاني

آثار القرض

٢٩٢ - **التزامات المقرض والتزامات المقترض :** قلنا أن القرض عقد ملزم للجائين ، فهو ينشئ التزامات في جانب المقرض والتزامات مقابلة في جانب المقرض .

الفرع الأول

التزامات المقرض

٢٩٣ - **التزامات المقرض تسار التزامات البائع :** للمقرض كالبائع يلتزم بنقل ملكية الشيء المقرض إلى المقرض ، ومن هنا كان القرض حقاً وإراداً على الملكية . وهو كالبائع يلزم بتسليم الشيء المقرض ، وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

ولما كان الشيء المقرض هو في الغالب مبلغ من النقود كما قلنا ، فإنه بمجرد أن يتم عقد القرض بالراضى ، يلتزم المقرض بنقل ملكية هذا المبلغ إلى المقرض ، فإذا سلمه إياه لم تعد هناك أهمية عملية لالتزامه بضمان الاستحقاق لأن النقود لا تتعين بالتعيين ، ولا لالتزامه بضمان العيوب الخفية إلا إذا كانت النقود التي سلمها إياه نقوداً زائفة وهذا نادراً في العمل . ومن ثم تكون التزامات المقرض محدودة الأهمية من الناحية عملية ، فتوجز فيها القول فيما على .

المبحث الأول

الالتزام بنقل الملكية

٢٩٤ - بالالتزام بنقل الملكية إذا لم يشترط المقرض نقوداً :

كان المشروع اتمهيدي (م ٧٢٣) للتقنين المدني الجديد ينص صراحة على التزام المقرض بنقل ملكية الشيء الذي أقرضه ، فكان يقول : « يجب على المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية الشيء الذي أقرضه » . فحذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، اكتفاء بما جاء في المادة ٥٣٨ مدني من أن « القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثل آخر »^(١) .

فإذا كان الشيء المقرض نفوداً وهو الغالب ، التزم المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية هذا المبلغ من النقود . فيكون الالتزام هنا هو التزام بنقل ملكية وارد على نقود ، ومن ثم يصبح المقرض بمجرد تمام القرض دائناً للمقرض بهذا المبلغ . فيستطيع المقرض إذن أن يطالب المقرض بهذا الدين ، شأنه في ذلك شأن أي دائن آخر^(٢) . ويجوز له أن يجبر المقرض على الوفاء بالتزامه ، ولو عن طريق الحجز على ماله . وقد كان يستطيع ذلك أيضاً عندما كان القرض عقداً عينياً ، ولحق لا بمقتضى عقد القرض الذي كان لا يتم إلا بتسليم النقود إلى المقرض ، بل بمقتضى الوعد بالقرض فهو عقد ملزم للمقرض بمجرد التراضي كما قدمنا^(٣)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١١ - ٤١٤ - وانظر مايلي فقرة ٧٦٩ في الحاشية .

(٢) ولا يقدم على أي دائن إلا إذا وجد سبب قانوني لتقديم ، ولا يستطيع المقرض أن يتردد المبلغ الذي أقرضه إذ أن ملكيته قد انتقلت للمدين (استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦٦ ص ١٧٠) .

(٣) انظر أيضاً فقرة ٢٦٦ .

فكان المقرض مجبر على تنفيذ وعده ، وهو إتمام القرض ، بتسليم الشيء المقرض إلى المقرض .

٢٩٥ - الإفراز بمقتضى الملكية إذا كان الشيء المقرض شيئاً متلباً

غير المنقود : وقد يقع القرض - وهذا نادر - على أشياء مثلية أخرى غير النقود كما سبق القول . فإذا أقرض شخص شخصاً أخرى كمية معينة من الغلال مثلاً ، فإنه يلتزم بتسليم ملكية هذه الكمية إلى المقرض . وتسرى القواعد العامة في هذا الالتزام بتسليم الملكية . وهي تقضى بأنه لما كان الحمل هنا شيئاً غير معين بالذات ، فلا تنتقل الملكية إلا بإفراز هذا الشيء (م ١/٢٠٥ مدني) . فلذا كان المقرض قد أقرض كمية الغلال وكان يملكها ، انتقلت ملكيتها بمجرد الإفراز إلى المقرض ؛ ولو قبل التسليم^(١) . أما إذا كان القرض لم يفرز كمية الغلال ، فإنه يكون مدينياً بهذه الكمية للمقرض ، ويجب عليه إفرازها لتسليمها إياه .

ويجوز للمقرض أن يجبر المقرض على تنفيذ التزامه عيناً ، كما يجوز له أن يحصل من السوق على كمية مماثلة ل كمية الغلال المقرضة ، ومن نفس النوع والمجودة ، وذلك على نفقة المقرض . وتحول المادة ٢/٢٠٥ مدني في هذا الصدد : « فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذان في حالة الاستعجال » .

(١) انظر في حالة ما إذا كان القرض لا يملك كمية الغلال إلى ما سبق أن تمتعه في إقراضه

المبحث الثاني

الالتزام بالتسليم

٢٩٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المقرض ، ولا يجوز له أن يطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض .

٢ - وإذا هلك الشيء قبل تسليمه إلى المقرض كان الملاك على المقرض (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٧٣ / ٥٧٦ م (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٣٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٨٦ - وفي تقنين الموجبات والنفود اللبناني م ٧٥٩ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٢ من المشروع التمهيدي على وجه يطلق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن في الفقرة الأولى العبارة الآتية : « يجب على المقرض أن يتخذ إلى المقرض حق ملكية الشيء الذي أقرضه » . فسلطت هذه العبارة في لجنة المراجعة اكلفها بما جاء في المادة ٥٣٨ مدق . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٥٦٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس المشروع تحت رقم ٥٣٩ (مجلة الأعمال القضائية ٤ ص ٤١١ - ص ٤١٢) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٧٦/٤٧٣ : في طرية الاستهلاك يكون ضمان الدين المستلزم على المصير بمجرد انتقال الملكية إليه . (وكان القرض طعناً مالياً في التقنين المدني السابق ، ومن ثم كان لا يتم القرض إلا إذا سلم المقرض الشيء ، فإذا هلك تسلم المقرض ثمة الملاك . لذا في التقنين الجديد القرض يتم قبل التسليم ومن ثم جاز أن يهلك الشيء على المقرض قبل التسليم) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٠٧ (مطابق) .

٢٩٧ - تسليم الشيء المقرض : والزام المقرض بتسليم الشيء

المقرض تسرى عليه القواعد العامة ، وبخاصة القواعد المقررة في الزام البائع بتسليم الشيء المبيع . فالالزام بالتسليم هنا ، كما في البيع ، فرع عن الزام المقرض بنقل ملكية الشيء المقرض . ومحل التسليم هو المبلغ المقرض أو الأشياء المثلية المقرضة ، بالمقدار والنوع والصفة المعينة في عقد القرض . ويتم التسليم بوضع الشيء المقرض تحت تصرف المقرض في الزمان والمكان المعينين . ويتبع في طريقة التسليم ووقته ومكانه ما سبق أن أوردناه من القواعد في تسليم البائع المبيع المشتري . وإذا أخل المقرض بالالزام بالتسليم ، جاز للمقرض أن يطالب بالتنفيذ عيناً على الوجه الذي قدمناه . وله أن يطالب بفوائد التأخر طبقاً للقواعد المقررة ، فيقتاضي الفوائد بالسعر القانوني من يوم المطالبة بهذه الفوائد^(١) . وجاز له أيضاً

= التقنين المدني الليبي م ٥٣٨ (طابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٨٦ : ١ - يحل المستقرض العين المقرضة بالتقريب ، ويجب

في نفسه عليها . ٢ - فإذا حلكت العين بعد العقد وقبل التقريب ، فلا ضمان على المقرض .

(والتقنين العراقي يحل القرض مقدماً مالياً كما قلنا ، فلا يتم إلا بالتسليم ويصح المقرض

حائلاً الشيء المقرض بتسليمه وتكون توبة الحلاك عليه . أما قبل التسليم فلا التزام على المقرض لأن العقد لم يتم ، وإذا حلكت الشيء ملك على المقرض - انظر الأستاذ حسن الخفون قررة ٢٢٣ - قررة ٢٢٤) .

تقنين الموجبات والفقد اللبناني م ٧٥٩ : الأشياء المقرضة تصبح ملكاً للمقرض ،

وتكون مغلطاً عليه .

(والتقنين اللبناني كالقنين العراقي يحل القرض مقدماً مالياً . وما قلناه في التقنين العراقي

يسرى هنا) .

(١) بومدي وفلال ٢٢ قررة ٧٤١ .

فسخ القرض ، وقد تكون له مصلحة في ذلك إذا كان القرض بفائدة وأصبح في غنى عنه^(١) .

وقد يسر المقرض بعد القرض وقبل التسليم ، فعند ذلك لا يلزم المقرض بتسليم الشيء المقرض . ويرجع ذلك إلى أن أجل القرض يسقط بإعسار المقرض ، فإذا تسلم مبلغ القرض وجب عليه رده في الحال . فلا جدوى إذن من أن يسلم المقرض مبلغ القرض إلى المقرض ثم يسترده منه فوراً ، ومن ثم يسقط التزامه بالتسليم عن طريق فسخ العقد^(٢) .

، وكذلك إذا ألزم المقرض بتقديم كفالة أو رهن لضمان القرض ، جاز للمقرض أن يمتنع عن تسليم الشيء المقرض حتى يقدم المقرض الضمان الموعود ، وذلك تطبيقاً لقواعد الحبس^(٣) .

(١) وإذا كان المقرض شركة أسدت سندات ، ظها أن تشترط حل من يكتب في السندات ويتأخر في دفع ما اكتب به أن يبيع السندات التي اكتب فيها في البورصة ، ويكون المكتب ملزماً بالمسألة إذا بيعت السندات بتمن أقل (بودري وقال ٢٢ فقرة ٧٤٣) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وإذا ظهر إعسار المقرض قبل تسليمه الشيء ، جاز للمقرض أن يفسخ العقد وأن يمتنع عن التسليم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٥) . وقد كان المشروع التمهيد في المادة ٧٣٢ من مجرى حل الوجه الآق : « يجوز المقرض ألا يسلم ما أقرضه أو أن يسترده قبل الأجل إذا أصر المقرض بعد القرض ، أو كان مصراً قبل ذلك ولكن المقرض لم يسلم إلا بإعسار المقرض ، إلا بعد تمام العقد » . فخلف هذا النص اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ - ٤٢٥ في الهامش) .

(٣) بلافول وديور وسالكيتيه ١١ فقرة ١١١٤ - هذا وقد كان المشروع التمهيد في المادة ٧٣٠ من مجرى حل الوجه الآق : « يستط حق المقرض في المطالبة بتسليم الشيء الذي أقرضه ، وحق المقرض في إلزام المقرض بتسليم ذلك الشيء ، بعض ستة أشهر من اليوم المعلن للتسليم . وقد كان المقصود بهذا النص أن يسقط القرض الذي لم يتخذ في خلال ستة أشهر من اليوم المعلن للتسليم ، لأن انصراف المقتضين من تنفيذ القرض طول هذه المدة يترتب دليلاً على موافقة المقرض ، ولذا جاز إلى كان هذا حقاً جيداً (المذكرة الإيضاحية للمشروع -

٢٩٨ - **بعض شروط القرض المقرض :** وإذا كان الشيء المقرض مبلغاً من النقود ، فإن المقرض يصبح مديناً به ويلزم بوفائه كما قلنا . ولا يتصور في هذه الحالة أن يهلك الشيء قبل التسليم ، لأن النقود لا تتعين بالتحسين .

أما إذا كان الشيء المقرض أشياء مثلية أخرى غير النقود ، وتعينت بالإفراز فانتقلت ملكيتها إلى المقرض على الوجه الذي أسلفناه ، فعند ذلك يمكن أن تتصور هذه المثليات المقرضة تهلاك . فإذا هلكت بعد التسليم ، كان هلاكها بمثابة هلاك المقرض^(١) . أما إذا هلكت قبل التسليم بسبب أجنبي ، فإنها تملك على المقرض ، وذلك أنه يتعذر عليه تنفيذ التزامه من تسليم الشيء إلى المقرض ، فيفسخ القرض وفقاً لقواعد العامة ، ويسترد المقرض ملكية الشيء المقرض بعد التسخ ، فيهلك الشيء عليه . وهذا ما رأيناه في عقد البيع ، حيث يهلك المبيع قبل التسليم على البائع . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى ، حيث تقول الفقرة الثانية من المادة ٥٣٩ مدني كما رأينا : « وإذا هلك الشيء قبل تسليمه إلى المقرض ، كان للمالك على المقرض » .

٢٩٩ - **التزام المقرض بأو بطلب برد المثل أو عند انتهاء القرض :** وقد ورد في الفقرة الأولى من المادة ٥٣٩ مدني ما يحل المقرض ملتزماً بالأصل بطلب برد المثل إلا عند انتهاء القرض . وهذا الالتزام السلي حام ، وقد أحسن الفقيه المدني الجديد صنفاً في إيرادها . فهو التزام في

١ - انتهى في مجلة الأعمال الصحفية ٤ ص ٤٢٥ . ولكن هذا النص حلف في لجنة للمراجعة لغاية حكم (مجلة الأعمال الصحفية ٤ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢ في الملحق) .

(١) انظر الفقرة الإيضاحية المقروءة في مجلة الأعمال الصحفية ٤

ذمة المقرض دائماً ، سواء كان القرض عقداً عينياً كما كان في التقنين السابق ، أو عقداً رضائياً كما أصبح في التقنين الجديد . وقيام هذا الالتزام في ذمة المقرض حتى لما كان القرض عقداً عينياً يجعل القرض عقداً ملزماً للجانبين بالرغم من عينيته ، فهو دائماً عقد ملزم للجانبين سواء كان رضائياً أو عينياً كما سبق القول^(١) .

وليراد هذا الالتزام السلبى في جانب المقرض يفسر في وضوح كيف يجرى فسخ القرض إذا أخل المقرض بالتزامه من دفع الفوائد المشترطة ، فإن هذا الالتزام السلبى هو الذى يقابل التزام المقرض بدفع الفوائد ، فإذا أخل المقرض بالتزامه من دفع الفوائد جاز للمقرض أن يطلب فسخ القرض فيحتل من التزامه بعدم المطالبة بالرد قبل انتهاء القرض ، ومن ثم يسترد المقرض بمجرد الفسخ وقبل نهاية العقد^(٢) .

(١) انظر أيضاً فقرة ٢٦٧ .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٢٦٧ - وانظر انسيكلوبيدى دالوز ؛ لنظ فقرة ١٧٩ - وتلزن بلايول وديور وبولاكهي ٢ فقرة ٢٩٠٢ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لشرود التمهيد في هذا الصدد : « ثم هو يلتزم التزاماً سلبياً ألا يطلب برد المثل إلا عند انتهاء القرض . ويمن ليراد هذا الالتزام السلبى ، فهو الذى يبين كيف يكون الفسخ في هذه القرض . فإن للمقرض إذا أسر للمقرض أو أخل بالتزامه ، يفسخ العقد فيحتل من هذا الالتزام السلبى ، ويستطيع إنذ أن يطلب رد المثل قبل انتهاء القرض » (مجموعة الأعمال الصحفية ٤ ص ٤١٥) - تلزن الأستاذ محمود جلال الدين زكى فقرة ١٠٠ (وما قاله في هذا الصدد يصحح فيما إذا أسر للمقرض ، فإن الأجل يسقط ولا تكون هنا في حاجة إلى تصور التزام سلبى في جانب المقرض . أما إذا لم يبلغ المقرض الفوائد المقررة في آجلها ، فيجوز هنا الإعلان عن أن يطلب المقرض فسخ القرض حتى يحتل من هذا الالتزام السلبى ، والقول يسقط الأجل هنا لا يسقط) .

المبحث الثالث

ضمان الاستحقاق

٣٠٠ - التمييز بين القرض بأجر والقرض بغير أجر - نص قانوني :

تنص المادة ٥٤٠ من القانون المدني على ما يأتي :

« إذا استحق الشيء ، فإن كان القرض بأجر مرت أحكام البيع ،
ولا فأحكام العارية »^(١) .

وقد قلنا أن الشيء المقرض إذا كان تقوذاً ، كما هو الغالب في
عقد القرض ، فإنه لا يتصور استحقاقه لأن التقود لا تعين بالتعيين^(٢) ؛
فيبقى إذن أن يكون الشيء المقرض مثليات أخرى من غير التقود ، وقد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٤ من المشروع النهائي على وجه
مطابق لما اشترط عليه في التفتين المدني الجديد . وقرره لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٨ في المشروع
النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس «الشيوع» تحت رقم ٥٤٠ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٤ ص ٤١٣ - ص ٤١٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدني السابق ، ولكن الحكم يتفق مع التزام العامة .
ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٥٠٨ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٥٣٩ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ٦٨٨ (موافق) - وانظر الأستاذ حسن الخفونقرة (٢٢٥) .

تفتين المرجعيات والتقود البائتي ٧٦٠ : المقرض مسئول عن قبوله الخفية في الأصل
القرضة وعن نزع ملكيتها بدعوى الاستحقاق ، وذلك وفقاً لقرواعد الموسومة في باب البيع .
(ولم يميز التفتين البائتي بين القرض بأجر والقرض بغير أجر ، بل جعل أحكام البيع قسري
في الحالتين) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٢٩٣ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة

الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٥ - ٤١٦ .

أفرزت حتى تصين ، فهله إذا استحققت وجب التمييز بين ما إذا كان القرض بأجر أو كان بغير أجر .

٣٠١ - ضمانة الاستحقاق في القرض بأجر : تقول المادة ٤٥٠

مدنى : كما رأينا ، إذا كان القرض بأجر^(١) فإن أحكام البيع هى التى تسرى . ومن ثم إذا كان الاستحقاق كلياً ، كان للمقرض أن يطلب من المقرض قيمة الشيء وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت ، وقيمة الثمار التى ألزم المقرض بردها للمستحق ، والمصروفات النافعة التى لا يستطيع المقرض أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكعالية إذا كان القرض سعى الثبة ، وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق هنا ما كان المقرض يستطيع أن يقيه منها لو أخطر المقرض بدعوى الاستحقاق ، وبوجه عام تعريض المقرض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق الشيء المقرض (م ٤٤٣ مدنى) .

أما إذا استحق بعض الشيء المقرض ، وكانت خسارة المقرض من ذلك قد بلغت قدرأ لو علمه لا آثم العقد ، كان له أن يرد للمقرض ما بقى فى يده من الشيء المقرض وما أفاده منه ، وأن يطلب منه التعويضات التى أسلفنا ذكرها فى الاستحقاق الكلى . فإذا اختار المقرض استيفاء ما بقى من الشيء المقرض ، أو كانت الخسارة التى لحقت من الاستحقاق الجزئى لم تبلغ قدرأ لو علمه لا آثم العقد ، لم يكن له إلا أن يطالب بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق الجزئى (م ٤٤٤ مدنى) .

وقد بسطنا القول فى كل ذلك عند الكلام فى استحقاق المبيع فى

عقد البيع .

(١) أى بمقابل قد يكون نقوداً وقد يكون مقداراً زائداً من نفس الشيء المقرض .

٣٠٢ - ضمان المستحق في القرض بغير أجر: أما إذا كان القرض بغير أجر فإن المادة ٥٤٠ مدني ساقطة الذكر تقول إن أحكام العارية هي التي تسرى. وقد وردت أحكام الاستحقاق في العارية في الفقرة الأولى من المادة ٦٣٨ مدني، وتجري على الوجه الآتي: « لا ضمان على المير في استحقاق الشيء المعار، إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان، أو أن يكون المير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق ».

فالقرض إذن لا يضمن استحقاق الشيء المقرض إذا كان القرض بغير أجر إلا في حالتين: (١) إذا اشترط عليه المقرض الضمان. (٢) إذا لم يكن الضمان مشروطاً ولكن: المقرض كان يعلم سبب الاستحقاق وتعمد إخفاءه. ففي هاتين الحالتين يرجع المقرض على المقرض بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الكلي أو الجزئي للشيء المقرض. وهذه هي القواعد العامة في الاستحقاق في عقود التبرع، ومنها: الحبة (م ٤٩٤ مدني)، والعارية (م ٦٣٨ / ١ مدني)، والقرض بغير أجر (م ٥٤٠ مدني).

المبحث الرابع

ضمان العيوب الخفية

٣٠٣ - التمييز بين القرض بأجر والقرض بغير أجر - نص قانوني؟
نص المادة ٥٤١ من القانون المدني على ما يأتي:

- ١ - إذا ظهر في الشيء عيب خفي وكان القرض بغير أجر واخطر المقرض استبقاء الشيء، فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشيء معيماً.
- ٢ - أما إذا كان القرض بأجر، أو كان بغير أجر ولكن المقرض

قد تعتمد إخفاء العيب ، فيكون للمقترض أن يطلب إما إصلاح العيب ،
ولما استبدال شيء سليم بالشيء المعيب^(١) .

ويؤخذ من هذا النص أنه لضمان العيب الخفي يجب التمييز بين ما إذا
كان القرض بأجر أو بغير أجر . ويلاحظ أنه إذا كان لا يتصور في القود
أن تستحق^(٢) ، فإنه يتصور أن يلحقها العيب الخفي كما لو كان التقد
زائفاً^(٣) .

٣٠٤ - ضمانه العيب الخفي في القرض بأجر: تقدم بيان شروط
العيب الخفي عند الكلام في البيع . فإذا تبين المقترض حياً خفياً توافرت
فيه شروطه .، جاز له أن يطلب من المقترض تعويضه عن الضرر الذي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٥ من المشروع النهائي على وجه
يطلق مع ما استقر عليه في التفتين المذق الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من المشروع كانت
تجرى على الوجه الآتي : « إذا ظهر في الشيء عيب خفي ، فلا يلتزم المقترض أن يرد إلا قيمة
الشيء معيباً » . وفي لجنة المراجعة عدلت هذه الفقرة ، فصار النص ساطعاً لما استقر عليه في
التفتين المذق الجديد ، وأصبح رقمه ٥٦٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ،
لمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤١ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٤١٥ - ص ٤١٧) .
ولا يقابل لهذا النص في التفتين المذق السابق ، ولكن الحكم ينفق مع القواعد العامة .
ويقابل النص في التفتينات المذنية العربية الأخرى :

التفتين المذق السوري م ٥٠٩ (ساطع) .

التفتين المذق الليبي م ٥٤٠ (ساطع) .

التفتين المذق العراقي م ٦٨٧ (موافق - انظر الأستاذ حسن القنون فقرة ٢٢٦) .

تفتين الموجبات والقود النهائي م ٧٦٠ : القرض مسئول من العيوب الخفية في الأشياء
المقرضة .. وذلك وفقاً لقواعد الموضوعات في باب البيع . (ولم يميز التفتين النهائي بين القرض
بأجر والقرض بغير أجر ، بل جعل أحكام البيع تسري في الحالتين) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٠ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التفتين في مجموعة الأعمال التشريعية ٤

حل به بسبب العيب . ويكون ذلك بأحد أمرين : (أولاً) إما بإصلاح العيب إذا كان ذلك ممكناً ، كما لو كان الشيء المقرض غللاً خالطه تراب لا يظهر إلا بالقمص ويزيد على القدر المألوف فمقد ذلك يلزم المقرض بتفقيه الغلال من التراب وتعويض كمية التراب بمقدارها من الغلال النظيفة . (ثانياً) فإذا كان إصلاح العيب غير ممكن ، كما إذا كان الشيء المقرض تقوداً وتبين أنها زائفة ، لجبر المقرض على إعطائه المقرض تقوداً أخرى مكانها غير زائفة .

ويستوى فيما قلناه أن يكون المقرض عالماً بالعيب أو غير عالم به ، وإذا كان عالماً به يستوى أن يكون قد تعمد إخفاؤه أو لم يتعمد .

٣٠٥ - ضلله العيب المتقضى في القرض بغير أجر : فإذا كان القرض بغير أجر وظهر في الشيء المقرض عيب خفي ، لم يكن للمقرض - والقرض بغير أجر - إجبار المقرض على إصلاح العيب أو استبدال شيء سليم بالمعيب . ولكن له أن يختار أحد أمرين : (١) إما رد الشيء المعيب فوراً إلى المقرض ، فينتهي القرض بذلك . (٢) وإما استبقاء الشيء المعيب إلى نهاية القرض ، على ألا يرد إلى المقرض إلا قيمة هذا الشيء ممياً .

وإنما يكون له إجبار المقرض على إصلاح العيب أو استبدال شيء سليم بالمعيب في حالتين : (١) إذا كان المقرض يعلم بالمعيب وقد تعمد إخفاؤه . (٢) إذا كان المقرض لا يعلم بالمعيب ولكن المتقضى اشترط عليه الضمان ، ففي هذه الحالة يسرى الشرط الذي ارتضاه المقرض بالقدر الذي يحدده هذا الشرط .

الفرع الثاني

التزامات المقرض

٣٠٦- ما يترتب في زمة المقرض من التزامات : يلتزم المقرض

بأن يتحمل مصروفات القرض ، وبأن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، وبأن يرد المثل عند نهاية القرض .

والالتزامان الأخيران - دفع الفوائد ورد المثل - هما اللذان تقف عندهما . أما مصروفات القرض ، كرسوم الدفعة ومصروفات تحرير العقد وأتعاب المحامي والسمرة ومصروفات الرهن الذي يضمن القرض ومصروفات تسلم القرض ورده^(١) وغير ذلك ، فالأصل أن المقرض هو الذي يتحملها قياساً على مصروفات البيع (م ٤٦٢ مدني^(٢)) ، ما لم يوجد اتفاق بين الطرفين على غير ذلك ، كما إذا اتفق على أن تكون السمرة مناصفة بينهما^(٣) .

(١) وتنص المادة ٧٦٥ لبنان على ما يأتي : « إن نفقات الاستلام والرد على المقرض » .

(٢) انظر أيضاً بالنسبة إلى مصروفات الرهن م ١٠٣١/٢ مدني .

(٣) وقد يلتزم المقرض بشرط خاص ألا يستعمل القرض إلا في غرض معين ، كأن يسهده به ديناً معينة أو أن يستعمل مبلغ القرض على نحو معين فيشترى أرضاً أو داراً أو أسهماً أو غير ذلك . وتسمى القواعد العامة في هذه الحالة ، فيجوز للمقرض أن يطلب فسخ القرض إذا أخل المقرض بالتزامه ولم يستعمل القرض في الغرض المعين المتفق عليه (أوبري وردو وإسبان ٦ فقرة ٣٩٥ ص ١٤٥ وفترة ٣٩٦ ص ١٤٨ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٤٤ ص ٤٦٥ - ص ٤٦٦ وص ٤٩٥ هامش رقم ٥ وفترة ١١٤٧) . وإذا فسخ القرض ، فإن المقرض لا يسترد عين ما اقترض إذا كان قائماً ، فإن ملكيته قد انتقلت بالمقرض إلى المقرض ، وإنما يصبح دائناً بمبلغ القرض أو بمثله المقرض ، فيزاحم دائنو المقرض حتى في الشيء المقرض ذاته لو كان قائماً (بودري وقال ٢٣ فقرة ٧١٠) .

المبحث الأول

الالتزام بدفع القوائد

٣٠٧ - النصوص القانونية: تنص المادة ٥٤٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« على المقرض أن يدفع القوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » (١) :

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٨١/٤٧٧ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٥١٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٤١ - وفي التقنين المدني العراقي

م ٦٩٢ - وفي تقنين الموجبات والقيود اللباني م ٧٦٦ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٧ من المشروع المنهجي على وجه

يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة حور تحويلاً لاحقاً نصاً مطابقاً ، وأصبح رقمه ٥٧٠ في المشروع النهائي ، وولف على مجلس النواب ، فجلس الشروع تحت رقم ٥٤٢ (مجلة الأعمال التشريعية ٤ ص ٤١٨ - ص ٤٢) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٨١/٤٧٧ : عبارة الاستهلاك تكون بلا مقابل إذا لم يوجد

شرط بخلاف ذلك . (وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥١٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٤١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٩٢ : ١ - لا تجب الفاتحة في القرض إلا إذا شرطت في

المقعد . ٢ - وإذا دفع المقرض فاتحة تزيد على سعر الجائز قانوناً ، كان له أن يسترد الزيادة سواء دفع عن علم أو عن غلط .

وقد قلنا أن الأصل في القرض أن يكون بغير فائدة ، فإذا أراد المقرض أن يتقاضى فوائد وجب عليه أن يشترط ذلك على المقرض .
وأشرنا فيما تقدم إلى القيود التي ترد على اشتراط الفوائد وإلى الحد الأقصى لسعر الفائدة^(١) . وبقي هنا أن نبين عن أية مدة تدفع الفوائد ، والمكان والزمان اللذين تدفع فيهما ، والجزاء الذي يترتب على عدم دفع الفوائد ، وجواز أن يسترد المقرض ما دفعه إلى المقرض من فوائد غير مستحقة .

٣٠٨ - المرة التي ترفع فيها الفوائد : إذا اشترط المقرض على المقرض أن يدفع فوائد على القرض بسعر معين ، فالأصل أن هذه الفوائد تستحق من اليوم الذي يتسلم فيه المقرض مبلغ القرض ، لا قبل ذلك^(٢) .
حتى لو انقضت مدة بين تمام القرض وتسليم المبلغ المقرض ، لم يجب على المقرض أن يدفع فوائد عن هذه المدة ، لأن الفوائد مقابل الانتفاع بمبلغ القرض ، والمقرض لا ينتفع بمبلغ القرض إلا من يوم تسلمه إياه^(٣) .

١ - (وأحكام التفتين العراقي تنفق مع أحكام التفتين المصري - انظر الأستاذ حسن الننون فقرة ٢٣٣) .

تفتين الموجبات والمعقود البنائي م ٧٦٦ : لا تجب الفائدة في قرض الاستهلاك إلا إذا نص عليها . وإذا دفع المقرض من تلقاء نفسه فوائد غير منصوص عليها أو زائدة عن الفوائد المشترطة ، فلا يحق له استردادها ولا حسمها من رأس المال .
(ولا يميز التفتين البنائي استرداد ما دفع من الفوائد غير المستحقة ، خلافاً لتفتين المصري) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٩ .

(٢) استئناف مخطط ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٤ - وقارب استئناف مخطط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٨ (قرض مضمون برهن ولم يدفع المبلغ وقت المقد) .

(٣) وهذا ما لم يكن عدم تسليم مبلغ القرض واجباً إلى خطأ اللذين (استئناف مخطط ١ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥١ - ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١١) : أركان راجياً لها غيره في التسليم مادام الدائن مستعداً لتسليم في أي وقت (استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٦٣ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٧) .

(الوسيط - م ٢٠)

وينتهي سريان الفوائد في اليوم الذي ينتهي فيه القرض . فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً من النقود بسعر ٦ ٪ لمدة سنتين ، فمعد نهاية السنتين ينتهي سريان الفوائد بهذا السعر . وإذا تأخر المقرض عن رد المبلغ بعد انقضاء السنتين ، وجبت عليه فوائد تأخير بالسعر القانوني - ٤ ٪ في القروض المدنية و ٥ ٪ في القروض التجارية - من يوم المطالبة القضائية بهذه الفوائد ، وفقاً للقواعد المقررة في فوائد التأخير . ولكن يغلب أن يشترط المقرض على المقرض سريان الفوائد بالسعر المتفق عليه - ٦ ٪ - إلى يوم رد المبلغ المقرض . فإذا تأخر المقرض في هذه الحالة عن رد المبلغ المقرض بهد السنتين ، وجبت عليه الفوائد بالسعر المتفق عليه إلى يوم الرد .

وإذا رد المقرض مبلغ القرض عن طريق وسيط ، فإذا كان الوسيط نائباً عن المقرض ، وجب اعتبار أن مبلغ القرض لم يرد إلى المقرض حتى يدفعه الوسيط إليه ، ومن ثم تكون الفوائد مستحقة طول المدة التي يبقى فيها مبلغ القرض في يد الوسيط إلى أن يدفعه إلى المقرض . أما إذا كان الوسيط نائباً عن المقرض ، اعتبر المبلغ قد رد إلى المقرض بمجرد أن يتسلمه الوسيط ، وينتهي سريان الفوائد منذ ذلك الوقت^(١) .

٣٠٩ - **الزامه والملاءم الاذاه ترفع فيها الفوائد :** وتُدفع الفوائد في المواعيد التي يتفق عليها . فقد يشترط المقرض أن يدفع المقرض الفوائد كل شهر أو كل ستة أشهر أو يدفعها كلها مرة واحدة عند نهاية القرض . وتلواجب في جميع هذه الأحوال ألاّ يماوز ما يدفعه المقرض من فوائد على ٧ ٪ من المبلغ المقرض عن كل سنة ، ولو كانت الفوائد

(١) انظر في كل ذلك بلانيول وديير وسافانييه ١١ فقرة ١١٦٣ .

تدفع عن مدد أقل من السنة . فإذا لم يبين عقد القرض المواعيد التي تدفع فيها الفوائد ، فإنها تدفع كل سنة عقب نهايتها .

وتدفع الفوائد في المكان الذي يبين في عقد القرض . فإذا لم يبين عقد القرض مكان دفع الفوائد ، سرت القواعد العامة ، ووجب دفع الفوائد في مكان المدين أى المقرض .

٣٩٠ - **الجزاء المقر يتربى على عزم دفع الفوائد** : فإذا لم يدفع المقرض الفوائد في المواعيد المحددة لها ، جاز للمقرض إجباره على دفعها بالطرق المقررة . فيجوز له ، إذا كان عنده سند قابل للتنفيذ ، أن ينفذ على أموال المقرض بالفوائد المستحقة .

ويجوز للمقرض كذلك أن يطلب فسخ القرض لإخلال المقرض بالتزامه من دفع الفوائد في مواعييدها . ولما كان القرض حقاً ملزماً للجانبين ، فإن القواعد العامة في الفسخ تسرى^(١) . فإذا ما أوجب القاضى المقرض إلى طلبه وحكم بفسخ القرض ، استرد المقرض مبلغ القرض والفوائد المستحقة والتعويض المحكوم به من وقت الحكم بالفسخ . ولا يكون للفسخ أثر رجعي ، لأن القرض عقد زمني فينتج أثره إلى يوم الفسخ^(٢) .

(١) فيجب إظهار المدين قبل طلب الفسخ (استئناف مخطط ٢٠ نولبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٠) ، إلا إذا اشترط عدم ضرورة الإظهار (استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠١ - ٩ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٥٢٤) . انظر أنها في جواز فسخ القرض لعدم دفع الأقساط في المواعيد ، ولو تساهل المدين في بعض الأقساط المتأخرة ثم عاد إلى المطالبة بالفسخ : استئناف مخطط ٢٣ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٨١ - ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠١ - ٢٦ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٢٠ - ١٨ نولبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٦ . وانظر في جواز لزوم ولو تساهل من الشرط القاضي بالفسخ : استئناف مخطط ٢٢ نولبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٤ .

(٢) بلانيرول وديبير زساقتييه ١١ فقرة ١١٤٧ ص ٤٧٧ .

٣١١ - استرداد غير المضمون من الفوائد المرفوعة : كان المشروع المقدمي يتضمن نصاً - هو المادة ٧٢٨ من هذا المشروع - يجرى على الوجه الآتي : « إذا دفع المقرض فوائد تزيد على السعر الجائر قانوناً ، كان له في جميع الأحوال أن يسترد الزيادة ، سواء دفع عن علم أو عن غلط » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، بعد أن نص على حكمه في نص سابق هو آخر الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مدني^(١) . والعبارة الأخيرة من الفقرة المشار إليها ، وقد جاءت عقب الكلام في تحريم اتفاق المتعاقدين على سعر لفائدة أكثر من ٧ ٪ ، تقول : « فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر ، وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة ، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر » .

وقد قلنا^(٢) أن المقرض إذا دفع فوائد تزيد على الحد الأقصى المسموح به قانوناً - ٧ ٪ - جاز له أن يسترد ما دفعه زيادة على هذا الحد ، حتى لو كان قد دفع وهو عالم بأن الزائد غير مستحق عليه^(٣) . ويعتبر التزام المقرض بالرد في هذه الحالة التزاماً برد غير المستحق ، فيسقط بعض ثلاث سنوات أو بعض خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة ١٨٧ مدني .

ويموز للمقرض أن يثبت أنه دفع فوائد أكثر من الحد الأقصى

(١) انظر مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٤١٩ - ص ٤٢٠ .

(٢) لميسر للولف الجزء الثاني فقرة ٥١٤ .

(٣) انظر في هذا المعنى في عهد التقنين المدني السابق : نفس مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة ص ٢ رقم ٥٨ ص ١٩٢ - استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٨ - انظر عكس ذلك : استئناف مدني ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ لمجموعة لرسية ١٦ ص ١١١ - استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٥ - ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ - ٥ مارس سنة ١٩٥٤ م ٣٦ ص ٢٥١ .

المسموح به بجميع طرق الإثبات ، ومنها البيعة والقرائن ، لأن الربا الفاحش مخالف للنظام العام (١) .

ويسترد المقرض غير المستحق من الفوائد أيضاً حتى لو لم يزد السعر على الحد الأقصى المسموح به ، إذا كان قد دفع فوائد عن مدة لا تستحق فيها الفوائد . مثل ذلك أن يدفع فوائد عن المدة التي انقضت بين تمام القرض وتسلمه لمبلغ القرض ، أو أن يقع غلط حسابي في مقدار الفوائد يترتب عليه أن يدفع المقرض فوائد أكثر من المستحق . والرد في هذه الأحوال يقوم على أساس رد غير المستحق ، فتسرى قواعده ، ويدخل في ذلك مدة التقادم . ولكن الإثبات هنا يخضع للقواعد العامة ، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما جاوز عشرة الجنيهات .

المبحث الثاني

الالتزام برد المثل

٣١٢ - **المهموس القانونية** : تنص المادة ٥٤٣ من القانون المدني على ما يأتي :

و ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه .

(١) انظر في هذه المسألة ما سبق أن قدمناه في الوسيط الجزء الثاني ص ٩١٠ هامش رقم ١ - ويجب لإحالة القضية على التحقيق لإثبات الفوائد الربوية أن تقوم قرائن جديفة في احتمال وجود هذه الفوائد الربوية : استئناف مخطوط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٤ - ١٧ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٤٨ - ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧١ - ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٧٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٥ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٨٨ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣ - ٢٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٧ - ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٢ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٦ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٠ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨٥ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٠ .

وتنص المادة ٥٤٤ على ما يأتي :

« إذا اتفق على القوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء القرض ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان . وفي هذه الحالة يلزم المدين بإداء القوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد أو الحد منه ^(١) .

(١) تاريخ النصوص .

٥٤٤ م : ورد هذا النص في المادة ٧٢٩ من المشروع النهائي على الوجه الآتي : « ينهى للقرض بانقضاء المهاد المقتطع عليه . أما إذا لم يحدد القرض أجلاً للقرض ، اتبع في شأنه حكم المادة ٣٩٥ (أ) المادة ٢٧٢ مدع وهي خاصة بإلزام المدين بالوفاء عند القدرة أو الميسرة) » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٥٧١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء فيها إذا كان القرض لم يحدد له أجل أ يكون الرد حالاً أو تكون لية المتأخرين قد انصرفت إلى أن يكون الدفع عند الميسرة ، وانتهت اللجنة إلى حذف عبارة « فإذا لم يحدد القرض أجلاً للقرض الخ » اكتفاء بالقواعد العامة . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله بلته تحت رقم ٥٤٣ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢) .

٥٤٤ م : ورد هذا النص في المادة ٧٣١ من المشروع النهائي على الوجه الآتي : « إذا اتفق على سر القوائد يزيد على السر للقائوق ، كان للمدين ، إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته في رد ما اقترضه ، على ألا يتم الرد إلا بعد مضي ستة أشهر من هذا الإعلان - وحق المقرض في الرد لا يجوز الاتفاق على إسقاطه أو على الحد منه » . وأقرت لجنة المراجعة للنص مع تحويرات لفظية تحت رقم ٥٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدل النص تعديلًا بسيطًا لما استقر عليه في اللجنة الأولى الجديد ، وصار أكثر تشبهاً مع حاجيات المتعاملين ، وقد كان قبل تعديل بشرط في القرض أن يكون يسر يزيد على السر المقرر للقوائد القانونية ولا يجوز الرد إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الإعلان ولم يكن ينظم تنظيمًا مفصلاً علاقة الدائن بالمدين . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله بلته تحت رقم ٥٤٤ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٤٢٤ وص ٤٢٦ - ص ٤٢٧) .

ولا مقابل لهذين التبعين في التبعين المدنى السابق (١) .

ويقابل النصان في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التبعين المدنى
السورى م ٥١١ - ٥١٢ - وفى التبعين المدنى الليبى م ٥٤٢ - ٥٤٣ - وفى
التبعين المدنى العراقى م ٦٨٩ - ٦٩١ - وفى تبعين الموجبات والعقود اللبناني
م ٧٦١ - ٧٦٢ (٢) .

(١) ولكن النص الأول ليس إلا تطبيقاً لقواعد العامة . أما النص الثانى فنص استحدثه
التبعين المدنى الجديد ، ولما كان حكمه يستبر من النظام العام ، فإنه يسرى على القروض التى
مقدت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٢) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التبعين المدنى السورى م ٥١١ - ٥١٢ (مطابق) .

التبعين المدنى الليبى م ٥٤٢ - ٥٤٣ (مطابق) .

التبعين المدنى العراقى م ٦٨٩ : ١ . يجب على المستقرض رد مثل الأعيان المقرضة قدرأ
ووصفاً فى الزمان والمكان المفق طليها . ٢ - فإذا لم يفتق على الزمان ، كان المقرض أن
يسرده فى أى وقت . ٣ - وإذا لم يفتق على المكان ، كان الرد واجباً فى مكان البعد .

م ٦٩٠ : إذا وقع القرض على شئ من الكليات أو الموزونات أو المسكوكات أو الورق
البنكى ، فرغصت أسرارها أوغلت ، فكل المستقرض رد مثلها ولا جيرة برغصها وغلاها .

م ٦٩١ : إذا لم يكن فى وسع المستقرض رد مثل الأعيان المقرضة بأن استهلكها فانقطعت
عن أهى الناس ، فلقترض أن ينتظر إلى أن يوجد مثلها أو أن يطالب بقيمتها يوم القبض .

(وأحكام التبعين العراقى فى مجموعها متفقة مع أحكام التبعين المصرى ، إلا أن التبعين
العراقى يجعل رد القرض حالاً إذا لم يكن هناك اتفاق على أجل الرد ، أما التبعين المصرى
فقد ترك هذه المسألة للقواعد العامة - لنظر الأستاذ حسن الدينون فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٢٢) .

تبعين الموجبات والعقود البنائى : م ٦٧١ : على المقرض أن يرجع ما يضارع الشئ

المقرض نوعاً وصفة .

م ٧٦٢ : لا يجوز إيجاب المقرض على رد ما يجب عليه قبل حلول الأجل المعين بمقتضى
المقد أو العرف . وإذا يجوز له أن يرده قبل الأجل ، ما لم يكن هذا الرد مضراً بمصلحة
المقرض .

م ٧٦٣ : وإذا لم يعين أجل ، كان المقرض ملزماً بالرد متى لى طلب يأتىه من المقرض .

ويؤخذ من النصوص المتقدمة الذكر أنه بانهاء القرض يجب على المقرض رد المثل . فنبحث : (أولاً) ما يردده المقرض وفي أى مكان يكون الرد . (ثانياً) الوقت الذى يجب فيه الرد .

المطلب الأول

ما يردده المقرض وفي أى مكان يكون الرد

٣١٣ - **رد المثل** : عند نهاية القرض يجب على المقرض أن يرد للمقرض مثل ما اقترضه . وتقول المادة ٥٣٨ مدنى فى هذا الصدد كما رأينا : « القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أى شئ مثل آخر ، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله فى مقداره ونوعه وصفته » .

فإذا كان الشئ المقرض أشياء مثلية غير النقود ، كخلال أو قطن ، وجب على المقرض أن يرد كميات مماثلة فى المقدار والنوع والصفة^(١) .

= وإذا اتفق القريضان على أن المقرض لا يوفى إلا عند تمكنه من الإيفاء أو حين تنسئ له الوسائل ، فالمقرض عندئذ أن يطلب من القامى تسعين موعده للإيفاء .

م ٧٦٤ : يجب على المقرض بأن يرد الشئ المقرض فى المكان الذى عقد فيه القرض إذا لم يكن هناك اتفاق مخالف .

م ٧٦٥ : إن تفقأت الاستلام والرد على المقرض .

(ويختلف التقنين البنائى من التقنين المصرى فيما يأتى : ١ - لا يجوز فى التقنين البنائى الرد قبل الأجل إذا كان الرد مضمراً بمصلحة المقرض . ٢ - عند عدم الاتفاق على أجل الرد ، يكون الرد فى التقنين البنائى عند أول طلب من المقرض . ٣ - الرد فى التقنين البنائى يكون فى المكان الذى عقد فيه القرض ما لم يكن هناك اتفاق مخالف) .

(١) أما إذا رد المقرض بموجب شرط مقدماً أو أكبر كان لقرانه أجراً لقرض ، أو مقدماً أو أقل كان الباقي حرة . وإذا رد شيئاً من نوع آخر كان العقد خالفية ، فإذا كان الشئ =

ولا عبءة بفلو السعرو أو برخصه ، فلذا غلت أسعار الغلال أو القطن أو رخصت ، فإن المقرض يبقى ملتزماً برء مثل ما اقترض ولو غلا سعره فانضر أو رخص سعره فانضع^(١) . وإذا انقطع مثل الشئ المقرض عن السوق ، كان المقرض بالخيار إما أن يفتظر حتى يعود الشئ إلى السوق فبرء له المقرض المثل ، وإما أن يطالب المقرض بقيمة الشئ المقرض فى الزمان والمكان اللذين يجب ففهما الرء^(٢) .

وكذلك الحكم إذا كان الشئ المقرض هو مبلغ من النقوء ، كما هو الغالب فى القروض ، فلا يلتزم المقرض أن برء للمقرض إلا مقداراً من النقوء يعادل فى عءءه المقدار الذى اقترض ، ءون أن فكون لارتفاع ففمة النقوء أو لانخفاضها أثر^(٣) . فلذا اقترض شخص ألف ففنه مصرى ، رءءها ألفاً بمقدار عءءءها ، نزل سعر النقوء أو ارتفع . وله أن برء النقوء بعءءءها عملة ورقفة ذات سعر إلزامى ، حتى لو قبضها ذهباً ونزل سعر العملة الورقفة . وقء سبق أن فبنا حكم العملة الورقفة ذات السعر القانونى ، وحكم العملة الورقفة ذات السعر الإلزامى ، وحكم ما فسمى بشرط الذهب

= الآخر نقوءاً كان المقء بيمأ (بوءرى وقال ٢٣ فقرة ٧٤٩ . الأستاذ عءء كامل مرسى فى النقوء المسألة ٢ فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٥) .

(١) انظر م ٦٩٠ هراق آفأ فقرة ٣١٢ فى الماشى - وإذا تأخر المقرض فى الرء ، وأعطءه المقرض ، فإن هذا فسترء الشئ المقرض مع تعوفض هو ففمة مالحقه من عسارة وما فاتء من كسب بسبب تأخر المقرض فى الرء ، وذلك وفقاً للقواعد العامة (الأستاذ عءء كامل مرسى فى النقوء المسألة ٢ فقرة ٣١٢) .

(٢) تارن م ٦٩١ هراق آفء فقرة ٣١٢ فى الماشى .

(٣) انظر م ١٣٤ مءفى وقء نصت على هذا الحكم صراحة . وإذا تأخر المقرض فى الرء ، فلا تستحق فوائءه عن التأخر فى رء النقوء إلا وفقاً للقواعد العامة المقرءة فى الفوائء ، فلذا كانت الفوائء مشترطة بسعر معين إلى يوم الرء ، فبقت هذه الفوائء سارية حتى برء المقرض القترض . وإذا لم تكن هناك فوائء مشترطة ، أو انتهى سريان الفوائء المشترطة ، لم ففكن القترض حتى فى الفوائء إلا بالسعر للقائوف ومن يوم المطالبة للقضاة ففله القوائء .

(clause d'or) أو شرط الوفاء بما يعادل قيمة الذهب (payable en valeur or) في كل من القانون المصري والقانون الفرنسي^(١) .

٣١٤ - المادة التي يجب فيه الرد : وقد كان المشروع التمهيدى

للتقنين المبنى الجديد ينص في المادة ٧٢٦ / ١ و ٢ منه على ما يأتي :

١٠ - على المقرض أن يرد المثل في المكان والزمان المتفق عليهما .

٢ - فإذا لم يتفق على المكان ، كان الرد واجباً في موطن المقرض^(٢) .

وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن أحكامه مستفادة من القواعد العامة^(٣) .

وتتضمن المادة ٣٤٧ مبنى القواعد العامة في هذا الشأن ، وهي تقضى

بأنه إذا اتفق الطرفان على مكان معين يكون فيه الرد ، وجب على

المقرض أن يرد المثل في هذا المكان . أما إذا لم يوجد اتفاق في هذا

الشأن ، فالرد يكون في المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء .

فيرد المقرض المثل ، في هذه الحالة ، في المكان الذى يوجد فيه موطنه

وقت الرد ، وعلى الدائن تحمل مصروفات سعيه إلى موطن المقرض ،

(١) انظر الوسط المؤلف الجزء الأول فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٦ - وانظر في شروط

ألفت في التعامل في فرنسا ترمي إلى تأمين المقرض من انخفاض سعر السلة ، كالتفريط بمسلة أجنبية أو بسعر سلة معينة أو بحسب الأرقام التقييمية للأسعار في مجموعها ، وقيمة هذه الشروط من الناحية القانونية : بلايول وديوير وسالفاتيه ١١ فقرة ١١٤٥ مكررة ثانياً - فقرة ١١٤٥ مكررة ثالثاً .

(٢) قانون ٨٠/٤٧٦ م ٨٠ ، منى سابق ، وهي تقضى بأن يكون الرد في المثل الذى حصلت

فيه اللامية . والعبارة بتاريخ القرض ، فإن أهم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام التقنين السابق ، وإلا فأحكام التقنين الجديد .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٥ - ص ٤١٩ في الحاشي .

وذلك ما لم يكن المقرض قد تأخر عن الدفع في الميعاد ففاضه المقرض ، فتكون المصروفات على المقرض^(١) .

المطلب الثاني

الوقت الذي يجب فيه الرد

٣١٥ - التمييز بين ما إذا ارد الرد لأجل أو لم يحدد : الوقت الذي يجب فيه على المقرض أن يرد المثل أمر بالغ الأهمية في عقد القرض ، ولذلك أفردناه بالبحث . ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان الطرفان قد اتفقا على أجل الرد ، أو سكتا عن ذلك .

٣١٦ - يرد اتفاق على أجل الرد - سقوط الأجل أو النزول عنه : يغلب أن يكون الطرفان قد اتفقا على أجل الرد ، فيجب على المقرض أن يرد المثل إلى المقرض بمجرد أن يحل هذا الأجل . وقد رأينا أن الأجل يحل إما بانقضائه وإما بسقوطه .

فيحل الأجل بانقضائه إذا انقضى الميعاد المضروب ، وعند ذلك يجب على المقرض رد المثل بمجرد انقضاء الميعاد^(٢) .

ويحل الأجل بسقوطه : (١) إذا شهر إفلاس المقرض أو إعساره . (٢) إذا أضعف المقرض بفعله إلى حد كبير ما أعطى المقرض من تأمين خاص ، ما لم يؤثر المقرض أن يطالب بتكيلة التأمين . فإذا كان لإضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المقرض فيه ، فإن الأجل يسقط

(١) عكة جنح مصر المخططة ٨ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٨ .

(٢) انظر الوسيط للمؤلف الجزء الثالث فقرة ٧٠ - وإذا اشترط المقرض عدم الإفلاس

صح الشرط (استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٢) .

ما لم يقدم المقرض للمقرض تأمينا كافياً . (٣) إذا لم يقدم المقرض
للمقرض ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (١) .

ويموز أيضاً أن يكون الرد قبل الأجل إذا نزل عنه من له مصلحة
فيه . ويغلب ، إذا كان القرض بغير فائدة ، أن يكون الأجل لمصلحة
المقرض . فله إذن أن ينزل عن الأجل وأن يرد المثل قبل حلوله .
أما إذا كان القرض بفائدة ، فالأجل في مصلحة الطرفين ، ولا يجوز
النزول عنه ورد المثل قبل حلوله إلا باتفاق الطرفين (٢) ، وذلك فيما عدا
الحالة التي سنبسّطها فيما يلي .

٣١٧ - الرد قبل الميعاد في القرض غواً : فقد قضت المادة ٤٤٤

مدني ، فيما قلناه ، بأنه يجوز استثناء للمقرض أن يرد المثل قبل حلول

(١) انظر م ٢٧٣ مدني - وانظر في كل ذلك الوسيط المؤلف جزء ٣ - فقرة ٧١ - فقرة

٧٤ .

وقد كان المشروع انتهى التفتين المدني الجديد ينص في المادة ٧٣٢ منه على أنه « يجوز
للمقرض ألا يسلم ما أقرضه أو أن يسترده قبل الأجل ، إذا أصر المقرض بعد القرض ،
أو كان مسرراً قبل ذلك ولكن المقرض لم يسلم بالإصرار إلا بعد تمام المقه » . فحلت هذا النص
في لجنة لمراجعة اكتشاف بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٤ - ص ٤٢٥
في المالحش) . ويلاحظ أنه في حالة ما إذا كان المقرض مسرراً قبل القرض ولم يكن المقرض
حالاً هذا الإصرار ، اعتبر المقرض واقفاً في غلط جوهرى ، وجاز له إبطال القرض واسترداد
الشيء المقرض قبل الأجل .

(٢) انظر في حلول الأجل بالنزول عنه من له مصلحة فيه الوسيط المؤلف
٣ فقرة ٧٦ - وانظر م ٧٦٢ لبناني آنفاً فقرة ٣١٢ في المالحش - ويجوز أن يجبر المقرض على
استيفاء القرض قبل الأجل المشترط لمصلحته ، وذلك إذا كان القرض مضموناً بمقار مرهون .
وهذا رسياً ، وباع المقرض حق المقار المرهون ، فظهر المشترى المقار وأجبر المقرض على
استيفاء حقه على هذا النحو . وفي هذه الحالة يستطيع المقرض أن يرجع على المقرض بتعويض
عما أساءه من القرض بسبب تمجيل الوفاء قبل الميعاد (بلانيول وريبير وسالتييه ١١ فقرة
١١٤٦ مكررة ص ٤٧٥) .

الأجل ، ولو كان الأجل روعيت فيه مصلحة المقرض ودون حاجة إلى رضاه هذا ، إذا توافرت الشروط الآتية :

١ - أن يكون القرض بفائدة وقد عين له أجل للرد . ويستوى أن يكون سعر الفائدة يزيد أو يعادل أو يقل عن السعر القانوني (١) .

٢ - أن تنقضى ستة أشهر على تسلم المقرض لمبلغ القرض ومريان القوائد . وهذا الشرط يتضمن بداهة أن يكون الأجل المحدد للرد أطول من ستة أشهر .

٣ - أن يعلن المقرض المقرض برغبته في إنهاء القرض وفي رد ما اقترضه . ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً لهذا الإعلان ، فيصح أن يكون بإنذار على يد محضر أو بكتاب مسجل أو بكتاب غير مسجل أو شفويًا . ولكن عبء الإثبات يقع على المقرض ، فيحسن تسيراً للإثبات أن يكون الإعلان بكتاب مسجل .

٤ - أن يرد المقرض المثل فعلاً في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ وصول الإعلان إلى المقرض . وهذا الشرط يتضمن أيضاً أن يكون الأجل الذي كان محدداً للرد أطول من ستة ، حتى يتصور إنقاصه إلى ستة ، إذ يشترط كما رأينا انقضاء ستة أشهر من وقت القرض وستة أخرى من وقت الإعلان .

٥ - أن يبلغ المقرض فوائد الستة الأشهر التي انقضت من وقت القرض وفوائد الستة الأشهر الأخرى التي تلت الإعلان ، وذلك سواء رد المثل قبل انقضاء هذه الستة الأشهر الأخرى أو عند انقضائها . فتكون

(١) وقد كان المشروع يهدف لنص المادة ٥٤٤ متى يشترط أن تكون الفوائد أزيد من السعر القانوني ، ولكن هذا القيد حذف في لجنة مجلس الشيوخ (انظر آتياً فقرة ٧٨٥ في المامش) .

القوائد التي يذمها هي فوائد سنة كاملة ، وهذا يدل كما قلنا على أن القرض كان لمدة أطول من سنة حتى يمكن المقرض أن يفيد من الرد فتسقط عنه القوائد فيها زاد على السنة . ولا يلزم المقرض أن يؤدي فائدة أو مقابلا من أى نوع غير ما قلناه ، بسبب تعجيل الوفاء .

فلذا توافرت هذه الشروط ، انقضى القرض قبل حلول الأجل بإرادة المقرض وحده ، ولو أن الأجل كان مشروطاً لمصلحة المقرض ولم يطلب هذا تعجيل الوفاء . وقد لوحظ في هذا الحكم الذي استحدثه التقنين المدني الجديد أن ييسر على المقرض رد القرض قبل الميعاد ، إذا كان هذا الميعاد أطول من سنة ، حتى يتخفف من دفع فوائد المدة كلها فلا يدفع منها إلا فوائد سنة واحدة . ويعمد المقرض إلى الاستفادة من هذا التيسر إذا توافر عنده ما يسد به القرض قبل الميعاد ، وكذلك إذا كان سعر الفائدة المشترطة عالياً واستطاع أن يقرض بسعر أقل فيستبدل القرض ذا السعر الأدنى بالقرض ذي السعر الأعلى^(١) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٤٢٥ - وانظر في هذه المسألة الوسيط للثلاث جزء ٣ فقرة ٧٦ ص ١٢٧ - وانظر نظرياً استثنائياً في فرنسا يقضى بمواز تعجيل دفع الدين قبل الأجل ولو كان ينتج فوائد دون حاجة إلى رضا الدائن : الوسيط للثلاث جزء ٣ ص ١٢٧ هامش رقم ١ .

وقد كان القضاء المختلط في عهد التقنين المدني السابق يقضى بمواز الرد المسجل في مقابل تعويض ، إذا اتفق الطرفان على ذلك ، في غير مجاوزة لمحذ الأصغر لسر الاتفاق : استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ١٠ - ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٢ - ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٥ ص ٤٧ - ٢٥ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٠ - ٩ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٤٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٥ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٠ - ٧ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٣ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨ - ١٦ يوليو ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٧ - ١٠ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٤ - ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٤ - ١١ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٢ - ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ - ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩٦ - ٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٢٢ -

والحكم المضمّن الذكر يعتبر من النظام العام بصريح النص ، إذ تقول
العبارة الأخيرة من المادة ٥٤٤ ملغى : « ولا يجوز الاتفاق على إسقاط
حق المقرض في الرد أو الحد منه » . فلا يجوز إذن أن يشترط المقرض أن
ينزل المقرض عن حقه في تعجيل الرد على النحو الذي قدمناه ، أو أن
يحد من هذا الحق بأن يشترط مثلاً على المقرض ألاّ يجعل الرد إلا بعد
مدة أطول من ستة .

٣١٨ - لا يوجد اتفاق على أجل للرد : وقد يقع ألا يتفق المتعاقدان

على أجل للرد ، وهنا نادر . فإذا وقع ، سرت القواعد العامة . وقد
كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، إذ كانت المادة
٧٢٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ينتهي القرض بانتهاء الميعاد
المضى عليه . أما إذا لم يحدد العقد أجلاً للقرض ، اتبع في شأنه حكم
المادة ٣٩٥ » ، أي اتبع في شأنه الحكم عندما يكون الوفاء مشروطاً عند
مقدرة المدين أو عند ميسرته (م ٢٧٢ ملغى) . وقد اختلفت الآراء في
لجنة مجلس الشيوخ في صدد هذه المسألة ، فذهب بعض إلى أنه عندما
لا يوجد اتفاق على أجل للرد كان الرد واجباً عند أول طلب من
المقرض^(١) . وذهب بعض آخر إلى أن نية المتعاقدين عند عدم تحديد

= من ٤٨٨ . ١٩ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٥ من ٣٨٠ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٣٧٨ -
١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٢٤٣ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ١٧٧ -
٢٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٣٨ من ٣٧٨ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ١٢٠ - ١١ مارس
سنة ١٩٤٨ م ٦٠ من ٨٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ من ٩٥ (اشترطت الشركة المقرضة
جواز رد التندات قبل الميعاد ، وجعلت مدة ٥٣ سنة هي الحد الأقصى للرد ، فيجوز لها الرد
قبل ذلك دون دفع تمويض) .

(١) انظر أيضاً في هذا المعنى م ٦٨٩ / ٢ عراق وم ٧٦٣ لبناني آنفاً فقرة ٣١٢
في الحاشي .

أجل تكون قد انصرفت إلى أن يكون الدفع عند الميسرة ، وإلا لم تكن هناك فائدة من القرض إذا أمكن القرض أن يطلب السداد فوراً بعد القرض . وانتهت اللجنة إلى حلف هذا النص اكتفاء بالقواعد العامة^(١) .

ونرى أن القواعد العامة تقضى بتفسير نية المتعاقدين في هذا الشأن . فإن ظهر من الظروف أنهما أرادا أن يكون الرد عند أول طلب من القرض ، وجب على المقرض أن يرد القرض . بمجرد أن يطالبه المقرض بالرد^(٢) . وإن ظهر أن المتعاقدين إنما أرادا ألا يسترد المقرض القرض إلا عند مقدرة المقرض على الوفاء أو عند ميسرته ، وجب اتباع هذا الحكم . ونرجح ، عند الشك في تبين نية المتعاقدين ، أن تكون نيتهما قد انصرفت إلى أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة^(٣) .

وقد سبق أن بينا متى يكون الوفاء إذا اشترط المقرض على المقرض أن يكون الوفاء عند المقدرة أو الميسرة . فقد نصت المادة ٢٧٢ مدني على أنه : إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة

(١) بمجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٢ - ص ٤٢٣ - وانظر أيضاً فقرة ٧٨٥ في المباحث . وانظر أيضاً م ٣ / ٧٢٦ من المشروع النهائي ، وقد حلفت هي أيضاً اكتفاء بالقواعد العامة (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٨ - ص ٤١٩ في المباحث) .

(٢) ولكن يجوز للقاضي أن يمنح المقرض نظرة للميسرة ، وفقاً للقواعد العامة .

(٣) قارب الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٠٦ - وقد كانت المادة ٤٧٥/٥٧٩ مدني سابق تنص على ما يأتي : « على المصير أن يؤدي في الوقت المنفق عليه ما استأجره . وإذا لم يمين لأداء المستأجر مهاداً ، أو صار الاتفاق على أن المصير يؤديه عند إمكانه ، فيحين للقاضي الوقت الذي يقتضي حصول الأماطه » .

أو الميسرة ، عين القاضى ميعاداً مناسباً لحلّول الأجل ، مراعيّاً في ذلك
موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على
الوفاء بالتزامه (١) .

(١) انظر في هذه المسألة الوسيط لـدولت الجزء الثالث فقرة ٥٤ - وانظر في الشرط للقاضي
هنا المقترض يرد القرض عندما يشاء ، فلا يحل أجل الرد إلا إذا شاء المقترض الرد حال حياته ،
وإلا لم يحل الرد إلا بموت المدين : الوسيط لـدولت الجزء الثالث ص ٨٧ حاشي رقم ٢ - بلانول
وربون وسالتييه ١١ فقرة ١١٤٦ مكررة - وقارن بودرى وقال ٢٣ فقرة ٧٦٨ - وانظر
في أحواله أخرى بودرى وقال ٢٣ فقرة ٧٦٩ - فقرة ٧٧٠ .

الفصل الثالث

الدخل الدائم

٣١٩ - عبارة تعريفية : يتميز الدخل الدائم عن القرض في أن مبلغ القرض في الدخل الدائم غير واجب الرد في وقت معين ، بل هو غير واجب الرد أصلاً ما دام المقرض يدفع الفائدة وهي الدخل . ومن هنا سمى المقدم بالدخل الدائم ، لأن الفائدة يجب دفعها على الدوام ما دام الاستبدال لم يقع .

وقد بدأ الدخل الدائم في القانون الروماني أن يكون قرصاً مستراً ، وسمى بالدخل الدائم حتى يستبعد من نطاق القرض فلا تسرى عليه القيود التي تحدد الفائدة ، وبخاصة التقييد القاضي في القانون الروماني بالألأ يزيد مجموع الفائدة على رأس المال . فالدائن بالدخل (وهو المقرض) يتقاضى من المدين به (وهو المقرض) فائدة مستمرة ، يتقاضاها هو وورثته من بعده ، فيمكن أن يتجاوز مجموع الفائدة بذلك رأس المال بكثير : ولم يكن ذلك محرماً في قوانين جوستينيان (Nov. 160) ، إذ اعتبرت الفائدة هنا دخلاً دورياً (annuus redditus) وليست فائدة .

وورث القانون الفرنسي القديم تقاليد القانون الروماني ، فأجاز الدخل الدائم ، بل إن القانون الكنسي ذاته أجازته متفاوتاً عما يتضمنه من ربا . ولكن ما لبثت القوانين التي تقيد سعر الفائدة أن أحطت بالدخل الدائم ، فقيدته بما تقتضيه الفائدة^(١) .

(١) وكان الدخل الدائم في القانون الفرنسي القديم يعتبر مفاراً ، إذ يشبه دخل العقار في دواحه . أما في القوانين الحديثة ، فالدخل الدائم نقود أو أشياء مثلية أخرى ، فهو دائماً متحول . ويقتضوناً حتى لو كان مضموناً برهن رسي (بودري وقال ٢٢ فقرة ٩٥٥) .

وانتقل الدخل الدائم إلى التقنين المدني الفرنسي ، ومنه إلى التقنينات الحديثة . ولم تعد الأفراد تلجأ إلى هذا النوع من التعامل ، إذ القرض أُلهمها وباب القائدة فيه مفتوح . وقل أن يكون القرض الذي لم يحدد فيه أجل للرد مقصوداً به أن يرتب دخلاً دائماً ، والقالب كما رأينا أن المتعاقدين قد قصدا أن يكون الرد عند الميسرة أو المقدرة .

وأصبحت الصورة المألوفة في العصر الحاضر لترتيب الدخل الدائم هي ما تعتمد إليه الحكومات (أو الأشخاص المعنية غير محددة المدة كالبليات والمصارف والشركات) من إصدار سندات بقروض . فالسند قرض يعطيه المكتب للدولة ، ولا يستطيع أن يسرده من الدولة ذاتها متى أراد ، وإنما يتقاضى فائدة سنوية عن السند هي الدخل الدائم^(١) . ومتى أرادت الدولة أن ترد له رأس المال - ويقع ذلك عادة عن طريق استهلاك (amortissement) السندات - رده فائق الدخل . ويستطيع المكتب إذا أراد رأس المال بدلاً من الدخل أن يبيع السند في البورصة ، فيحصل على قيمته الفعلية ، وينقل السند إلى المشتري فيصبح هو صاحب الدخل الدائم^(٢) .

وننقل إلى بيان أحكام الدخل الدائم كما نظمها التقنين المدني الجديد ، فنبعث : (١) ترتيب الدخل الدائم (٢) واستبدال الدخل الدائم :

(١) ومن ثم غلب على الدخل الدائم أن يكون حقاً من حقوق القانون العام (جورجان

٢ - ققرة ١٣٥٨) .

(٢) انظر في كل ذلك بودوي وفال ٢٣ ققرة ٩٤٧ - ققرة ٩٥٠ .

الفرع الأول

ترتيب الدخل الدائم

٣٣٠- القصرى الضمنية : تنص المادة ٥٤٥ من الترتين المدنى

على ما يأتى :

١- يجوز أن يتعهد شخص بأن يؤدي على اللوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلا دورياً يكون مبلغاً من التقود أو مقداراً معيناً من أشياء مثلية أخرى . ويكون هذا التعهد بقصد من عقود المعاوضة أو التبرع أو بطريق الوصية .

٢- فإذا كان ترتيب الدخل بقصد من عقود المعاوضة ، اتبع في شأنه من حيث سعر القائلة القواعد التى تسرى على القرض دى القائلة (١) .

وقابل هذا النص فى الترتين المدنى السابق المادتين ٤٧٩ / ٥٨٣ -

٥٨٥ و ٤٨١ / ٥٨٩ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى الترتين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٧٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس التشريع تحت رقم ٥٤٥ (جسرة الأعمال التشريعية ٤ ص ٤٢٩ - ص ٤٣٠) .

(٢) الترتين المدنى السابق : م ٤٧٩ / ٥٨٣ - ٥٨٥ : يجوز أن يفتبرط فى عقد الإقراض بالقائلة أن القرض ليس له طلب رأس المال أبداً ، وأن القرض رده فى أى وقت أراد . وفى هذه الحالة يسمى القصد المذكور عقد ترتيب إيراد ، وتسمى القائلة باسم مرتب ، ومع ذلك يجوز للقترض أن يحصل على حكم برد رأس ماله إذا لم يوف القترض بما اقترط به كإلحاق بعض من أداء القايينات المقررة أو أداها أو وضع فى حالة الإفلاس .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري ٥١٣ - وفي التفتين المدني الليبي م ٥٤٤ - وفي التفتين المدني العراقي م ٦٩٤^(١) . أما تفتين الموجبات والعقود اللبثاني فلم ترد فيه نصوص في الدخل الدائم .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك صوراً مختلفة لترتيب الدخل الدائم ، وأن الدخل متى رتب وجب دفعه دائماً إلى صاحبه حتى يتقضى بسبب من أسباب الانقضاء . فتبحث مسألتين (١) الصور المختلفة لترتيب الدخل الدائم (٢) الالتزام بدفع الدخل حتى يتقضى .

المبحث الأول

الصور المختلفة لترتيب الدخل الدائم

٣٢١ - الصورة الغالبة هي عقد القرض : ينطب ، كما قلنا ، أن يكون العقد الذي يرتب الدخل الدائم هو عقد قرض ، فتتحدد الدولة قرصاً في صورة سندات تصدرها متساوية في قيمها الاسمية . فيكتب المقرض في السند ، ويقرض الدولة القيمة الاسمية لهذا السند ، على أن يتقاضى منها دخلاً دائماً سنوياً هو الفائدة التي تحدد الدولة سعرها . ويراعى في تحديد سعر الفائدة القيود الواردة على الفوائد ، فلا يجوز أن يزيد هذا السعر على الحد

- م ١٨١ / ٥٨٩ : تتبع القواعد المقررة سابقاً في حالة تقرير مرتبات موهبة لوطية بعدة الحيلة في مقابلة بيع لأرطد آخر لأرطد تبرع .

(وأحكام التفتين السابق في مجموعها متفقة مع أحكام التفتين الجديد) .

(٣) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٥١٣ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٥٤٤ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ٦٩٤ (موافق - انظر الأستاذ حسن الفنون ص ٢٢٥) .

الأقصى المسموح به للقوائد الاتفاقية وهو ٧٪ . والغالب أن يحدد سعر القائلة السند بأقل من ذلك بكثير ، فيكون السعر عادة ٣٪ أو ٣ ١/٢٪ ، وقل لن يصل إلى ٥٪^(١) .

على أنه لا يوجد ما يمنع - نظرياً على الأقل - من أن يكون المقرض في الدخل الدائم فرداً ، فيلتزم بأداء الدخل للمقرض وخلفائه من بعده على الدوام . وسنرى أنه يجوز للمقرض دائماً أن يتخلص من التزامه باستبدال الدخل ، فلا يتأبد الالتزام في ذاته . كذلك لا يوجد ما يمنع من أن يكون الدخل أو رأس المال أشياء مثلية أخرى غير النقود ، كما هي الحال في القرض ، ولكن ذلك ينتر كثيراً أن يقع في العمل .

٣٣٢ - صور أخرى لترتيب الدخل الدائم : وليس القرض هو الصورة الوحيدة لترتيب الدخل الدائم ، وإن كان هو الصورة الغالبة . فقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ ملى تقول : « ويكون هذا التعهد يعقد من عقود المعاوضة أو تبرع أو بطريق الوصية » .

فيصح إذن ترتيب الدخل الدائم يعقد من عقود المعاوضة غير القرض ذى القائلة ، وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع . فيبيع شخص شيئاً مملوكة له بشمن هو دخل دائم . ويصح أن يتم ذلك بإحدى طريقتين . فلما أن يفتق البائع والمشتري على أن يكون الثمن مقداراً معيناً من النقود يكون رأس مال ، ويحول في عقد البيع ذاته إلى دخل دائم . ولما أن يفتق المتبايعان على أن يكون الثمن رأساً دخلاً دائماً . وفي كلتا الطريقتين لا يكون الدخل الدائم

(١) وتقول اللائحة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد : « ولا يجوز أن يكون هذا الدخل أصل من السر الاتفاقى لقائلة ، لأن الدخل إنما هو قائلة رأس المال الذى تم إقراره . . . ويؤدى الدخل المستحق وخلفائه من بعده على الدوام . ولذلك كانت الحكومات والمصارف من أسهل الجهات ترتيب الدخل الدائم (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٤٢٩) .

حقاً مستقلاً عن عقد البيع ، بل يكون ركناً في عقد البيع هو الثمن . غير أنه في الطريقة الأولى إذا أريد استبدال الدخل الدائم ، كان رأس المال الواجب الرد هو مقدار الثمن الذي حدد أولاً في عقد البيع (م ١٧٥٤٨ ملغى) . ورأس المال الواجب الرد في الطريقة الثانية هو مبلغ من النقود غاثلته محسوبة بالسعر القانوني تساوى الإيراد (م ٢/٥٤٨ مد ١) (١) .

ويصح ترتيب الدخل الدائم تبرعاً ، ويكون ذلك إما من طريق الهبة أو من طريق الوصية . فذهب شخص آخر مقداراً معيناً من النقود أو أشياء مملوكة أخرى كخلاف أو مأكولات أو مشروبات ، في مواعيد دورية ، أو يوصي له بها . فيتقاضى صاحب الدخل دخله الدوري في المواعيد المحددة ، ولكن المدين بهذا الدخل ، هو أو تركته ، يستطيع أن يتخلص من التزامه بدفع الدخل إذا هو استبدله على النحو الذي سنبينه فيما بعد .

٣٢٣ - شكل ترتيب الدخل الدائم وكيفية إثباته : ولم يشترط القانون لترتيب الدخل الدائم شكلاً خاصاً ، ومن ثم يجب اتباع شكل التصرف القانوني الذي رتبته . فإن كان هذا التصرف القانوني قرضاً ، فليس لقرض شكل خاص ، وإنما هو عقد رضائي كما قلنا : أما إذا كان التصرف هبة ، فإنه يجب أن يكون في ورقة رسمية ، وكذلك إذا كان وصية . وجب اتباع الشكل الواجب في الوصية .

ويموز إثبات ترتيب الدخل الدائم بالطرق المقررة في القواعد العامة

(١) انظر الوسيط ، فقرة ٢٠٥ - ثم إنه في الطريقة الأولى لا يجوز أن يزيد الدخل على الحد الأقصى لقنوات الاتفاقية بالنسبة إلى الثمن المقدر في العقد . وأما في الطريقة الثانية فلا يوجد ثمن مقرر في العقد ، والثمن هو الدخل ذاته ، فلا قيد عليه من حيث الحد الأقصى للزيادة للاتفاقية ، إلا إذا قصد بذلك ستر الربا الفاحش (الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسبقة ٢ فقرة ٢٥٤) .

للإثبات : ولما كان الدخل دائماً ، فهو غير محدد القيمة ، فلا تجوز البيئة ولا القرائن في إثباته ، بل يجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها . والكتابة على كل حال ضرورية أيضاً من الناحية العملية ، فإن الالتزام بالدخل الدائم طويل الأمد فالحصول على كتابة لإثباته أمر ضروري . ولا يكفي لإثباته أن يكون صاحب الدخل قد استمر خمس عشرة سنة يقبض الدخل بانتظام ، فإن ترتيب الدخل الدائم لا يثبت كما قلنا بالقرائن ، ولا تصلح هذه المدة سبباً للتقدم وإن كانت تزول به^(١) .

والنائب كما قلنا أن يتخذ الدخل الدائم صورة قرض تقدمه الدولة ، وفي هذه الحالة تكون السندات التي تصدرها الدولة بهذا القرض هو الشكل المألوف لترتيب الدخل الدائم ، وهي في الوقت ذاته الطريقة المعتادة لإثباته

المبحث الثاني

الالتزام بدفع الدخل الدائم

٣٢٤ - صود هذه موثراًم : يلتزم المدين بالدخل الدائم بدفعه إلى الدائن ، بالمقدار المحدد في العقد أو في الوصية . ونقول الفقرة الثانية من المادة ٥٤٥ مدني ، كما رأينا ، إنه إذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبع في شأنه من حيث سعر القائلة القواعد التي تسري على القرض ذي القائلة .

فلذا رتب الدخل بعقد قرض أو بعقد بيع ، وجب ألا يجاوز الدخل السنوي المحدد الأقصى لسعر الاتفاق القائلة ، محسوباً ذلك بالنسبة إلى رأس المال المقرض أو إلى ثمن المبيع ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . هنا إذا كان رأس المال تقوذاً ، حتى لو كان الدخل أشياء مثلية غير النقود . أما

(١) برومى وقال ٢٣ فقرة ٩٦٠ .

إذا كان رأس المال أشياء مثلية غير النقود ، فيجوز أن يجاوز الدخل - نقوداً
كان أو أشياء مثلية غير النقود - الحد الأقصى للسعر الانفاقي للفائدة ، لأن
هذا الحد الأقصى لا يكون إلا إذا كان رأس المال نقوداً^(١) .

ولما من النص لم يقيد الدخل إلا من حيث سعر الفائدة ، فإن القيود
الأخرى التي ترد على الفوائد لا تسرى . من ذلك أنه يجوز في الدخل الدائم
أن يكون مجموع الدخل الذي يتقاضاه الدائن أكثر من رأس المال ، وهذا
بمخلاف الفوائد غير الدخل فإنه لا يجوز أن يجاوز مجموع ما يتقاضاه الدائن
منها رأس المال (م ٢٣٢ مدني) . ومن ذلك أيضاً أنه يجوز للدائن بالدخل
أن يتقاضى فوائد تأخيرية إذا تأخر المدين عن دفع الدخل في الميعاد ، فيقاضي به
الدائن مطالباً إياه بالدخل المتأخر والفوائد بالسعر القانوني ، أما في الفوائد
العادية فلا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد (م ٢٣٢ مدني) .

وإذا رتب الدخل تبرعاً بهية أو وصية ، فلا يتصور أن يسرى هنا الحد
الأقصى للسعر الانفاقي ، إذ لا يوجد رأس مال أعطى للمدين حتى ينسب
إليه الدخل لتثبت من عدم مجاوزته للحد الأقصى . ومن ثم يجوز أن يكون
الدخل في هذه الحالة أي مقتنار يرضى المدين أن يتبرع به .

٣٢٥ - من يقوم بالرفع وله يكونه الرفع : يقوم بالدفع المدين
بالدخل ، وهو في القرض المقرض ، وفي البيع المشتري ، وفي الهبة
الرواحب ، وفي الوصية تركة الموصى . ولما كان الدخل دائماً ، فإنه
لا ينقضي بموت المدين ، بل تكون تركته مسئولة عن الاستمرار في دفع
الدخل ، ومن ثم يجب أن يقتطع من التركة رأس مال تكفي فائدته للوفاء
بالدخل . ولما كان المدين بالدخل في الغالب هو شخص معنوي - الدولة

أو أحد المصارف أو إحدى الشركات - فإن الذى يقع حملا أن المدين ، ويدوم مدة طويلة أو يدوم دون انقطاع إذا كان هو الدولة ، يبقى يؤدى الدخل إلى أن يستبدل به عن طريق استهلاك السندات التى أصدرها .
ويدفع الدخل للدائن به ، وهو فى القرض المقرض ، وفى البيع البائع ، وفى الهبة الموهوب له ، وفى الوصية الموصى له . ويستمر الدفع طول حياة المدين ، فإذا مات انتقل الدخل إلى ورثته ، ثم إلى وريثة ورثته وهكذا ، كل بقدر نصيبه فى الميراث . ويتجزأ الدخل على الورثة . ويستمر دفع الدخل إلى أن يستبدل به المدين أو إلى أن يتقضى بسبب من أسباب الانقضاء .

٣٣٦ - الزمان والمكان المزمع برفع فيها الدخل : يدفع الدخل فى المواعيد المحددة فى سند ترتيبه ، ويطلب أن يكون الميعاد المحدد سنة فستة . فإذا لم يحدد ميعاد للدفع فى سند الترتيب ، ولم يمكن استخلاص هذا الميعاد من الظروف والملايسات ، وجب دفع الدخل فى آخر كل سنة .
ويدفع الدخل فى المكان المحدد فى سند ترتيبه ، فإذا لم يحدد مكان ، وجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن يكون الدفع فى موطن المدين بالدخل^(١) .

٣٣٧ - الجزاء على حرمان دفع الدخل : وإذا لم يتم المدين بدفع الدخل على النحو الذى قبلناه ، جاز للدائن إجباره على الدفع . فيطالبه قضائياً بدفع الدخل المتأخر مع القوائد التأخيرية بالسعر القانونى ، فإذا حصل على حكم بذلك قابل للتنفيذ ، نقله على أموال المدين .
وسرى أيضاً أن الدخل الدائم قابل للتسخ من طريق إجبار المدين على الاستبدال ، إذا لم يدفع الدخل سنتين متواليتين رغم إعلانه .

(١) بروديه وفال ٢٣ فقرة ٩٦٩ .

٣٢٨ - أسباب انقضاء الالتزام برفع الدفء : ينقضى الالتزام بدفع الدخل بالأسباب التي تنقضى بها سائر الالتزامات . ويجب التمييز في هذا الصدد بين الالتزام بدفع قسط دوري من الدخل والالتزام بدفع الدخل في مجموعه .

أما الالتزام بدفع قسط دوري من الدخل فينقضى بالوفاء بهذا القسط ، أو بالتجديد ، أو بالمقاصة ، أو باتحاد الذمة ، أو بالإبراء ، أو بالتقادم ومدة التقادم هنا خمس سنوات من وقت حلول القسط لأن أقساط الدخل حقوق دورية متجددة .

وأما الالتزام بدفع الدخل في مجموعه أو الدخل الدائم ، فإنه لا يسقط بوفاء أقساط الدخل مهما كثرت ، لأن هذه الأقساط تتجدد دائماً . ولكنه يسقط بالتجديد ، وبالمقاصة ، وباتحاد الذمة ، وبالإستبدال بعد أن يظهر المدين رغبته في رد رأس المال وبعد انقضاء سنة على إظهار هذه الرغبة ، وبالإبراء ، وبالتقادم إذا سكنت الدائن عن المطالبة بحقه مدة خمس عشرة سنة^(١) .

ولكن السبب الرئيسي لانقضاء الالتزام بدفع الدخل في مجموعه هو الإستبدال ، ذلك أنه يشترط في الدخل الدائم أن يكون قابلاً للإستبدال في أي وقت شاء المدين . وهذا ما نفتل الآن إليه .

(١) أنيكلويدى دالوز : لفظ *res constitutae* فقرة ٣٤ - الأستاذ محمد كامل حرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٣٦٢ - ويبدأ سريان التقادم من وقت وجود الالتزام بالدخل الدائم ، لأنه من ذلك الوقت يكون نافذاً ، حتى قبل حلول أي قسط من أقساطه . فلذا انقضى منه وجود الالتزام بالدخل الدائم خمس عشرة سنة ، سقط الالتزام . والمفروض في هذه الحالة أن أي قسط من أقساط الدخل لم يدفع ، لأنه لو دفع قسط منها فقد انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد يسرى منه الانقضاء دون حاجة لانتظار حلول قسط تال . فلذا لم يدفع أي قسط ، فلهذا التقادم تسرى كما قلنا منه وجود الالتزام دون حاجة لانتظار حلول أول قسط منه ، فقد لا يحل إلا بعد سنة ، فيتقادم الالتزام بالدخل بعد خمس عشرة سنة من وجوده ، أي بعد أربع عشرة سنة من حلول أول قسط (انظر في هذه المسألة لموسى ٢ فقرة ٦١٧ ص ١٠٦٤) .

الفرع الثاني

استبدال الدخل الدائم

- ٣٢٩ - متى يكون الاستبدال وكيف يتم : الدخل الدائم كما قلنا قابل للاستبدال دائماً متى شاء المدين ، ولكن المدين لا يجبر على الاستبدال إلا في أحوال معينة . فإذا قامت حالة من أحوال الاستبدال ، فإن الاستبدال يتم برأس المال وفقاً لقواعد قررها القانون .
- فتكلم إذن في المسألتين الآتيتين : (١) متى يكون الاستبدال . (٢) كيف يتم الاستبدال .

المبحث الأول

متى يكون الاستبدال

- ٣٣٠ - الاستبدال بإرادة المدين والاستبدال جبراً على المدين : القاعدة في الدخل الدائم ، كما قلنا ، أن يكون قابلاً للاستبدال . ولهذا القاعدة معنيان . أولها أن المدين يستطيع أن يطلب الاستبدال ، متى شاء ذلك . والمعنى الثاني أن المدين يستطيع أيضاً أن يستبق الدخل الدائم في نفسه ، فلا يجبر على الاستبدال ما دام يدفع أقساط الدخل .
- على أن المدين قد يجبر على الاستبدال في أحوال معينة ذكرها القانون . ونرى من ذلك أن الاستبدال قد يكون بإرادة المدين وهذا هو الأصل ، وقد يكون جبراً على المدين وهذا هو الاستثناء . فإذا لم يرد المدين الاستبدال ، ولم تتم حالة من الأحوال التي يجبر فيها عليه ، بقي الدخل الدائم قائماً إلى غير ميعاد .

المطلب الأول

الاستبدال بإرادة المدين

٣٣١- **النصوص القانونية:** تنص المادة ٥٤٦ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١- يشترط في الدخل الدائم أن يكون قابلاً للاستبدال في أي وقت شاء المدين ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢- غير أنه يجوز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حياً ، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة .

٣- وفي كل حال لا يجوز استعمال حق الاستبدال إلا بعد إعلان الرغبة في ذلك ، وانقضاء ستة على هذا الإعلان (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذا التقنين كان يجعل للمدين بالدخل حق رد رأس المال في أي وقت أراد ، دون أن يجبر على ذلك إلا في أحوال معينة . ونص التقنين الجديد ينظم استعمال حق الاستبدال ، ويميز الاتفاق على تأخير استعمال هذا الحق إلى مدى معين (٢) . ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥١٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٤٥ - وفي التقنين

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٣٤ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وحور في لجنة المراجعة تحويراً لفظياً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٥٧٤ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣١ - ص ٤٣٢) .

(٢) والمبرة بتاريخ تمام التصرف القانوني الذي رتب الدخل ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هي التي تسرى ، وإلا فأحكام التقنين الجديد .

المدنى العراق م ٦٩٥^(١) . أما تقنين الموجبات والعقود البنائى فلم ترد فيه
نصوص فى الدخل الدائم .

٣٣٢ - المؤصل فى الدخل الدائم أنه يكون قابلاً للاستبدال فى

أى وقت شاء المدين : قلنا أن المدين يلتزم بوفاء أقساط الدخل الدائم ،
وأن هذه الأقساط تتجدد دائماً . فحتى لا يكون المدين ملتزماً التزاماً أبدياً
- والالتزام الأبدى لا يجوز - أباح القانون له أن يتخلص من التزامه متى
شاء إذا هو رد رأس المال إلى الدائن . فيكون الدخل الدائم إذن فى الأصل
قابلاً للاستبدال فى أى وقت شاء المدين^(٢) . ولكن إذا لم يشأ المدين
الاستبدال ، فإنه لا يجبر عليه إلا فى أحوال معينة سيأتى ذكرها .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٩٥ : ١ - المدين فى الدخل الدائم حق إيفاء الموضع الذى

تأسس عليه الدخل ، وذلك بعد مضى خمس عشرة سنة على التقيد . ٢ - ويجوز الاتفاق على

ألا يحصل الإيفاء ما دام مستحق الدخل حياً أو لمدة تزيد على خمس عشرة سنة أو تقل عنها

٣ - ولا يستعمل حق الإيفاء إلا بعد إعلان الرغبة فى ذلك وانقضاء سنة على هذا الإعلان .

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن الدائم فى التقنين العراقى لا يكون
فى الأصل قابلاً للاستبدال إلا بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، إلا إذا اتفق على مدة أقل أو أكثر
أوطول حياة الدائن - انظر الأستاذ حسن التوفيق فقرة ٢٣٦) .

(٢) وحق المدين فى الاستبدال لا يزول بالتقادم لأنه رخصة والرخص لا تزول بالتقادم .

فلو بقى المدين بالدخل لا يستعمل حق الاستبدال مدة أطول من خمس عشرة سنة لم يزل حقه ،
وجاز له طلب الاستبدال بعد خمس عشرة سنة أو بعد أية مدة أطول من ذلك (بودرى وفال
٢٣ فقرة ٩٧٨) .

وقابلية الدخل الدائم للاستبدال قاعدة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ،
لأنها وضعت لتفادى أن يكون المدين ملتزماً التزاماً أبدياً ، وتحريم الالتزام
الأبدي قاعدة من النظام العام .

ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط الدائن على المدين ، أو أخذ المدين
على نفسه ، ألا يطلب الاستبدال أبداً في أى وقت ، فإن هذا الشرط يكون
باطلاً لمخالفته للنظام العام . ويبقى الدخل الدائم ، بالرغم من هذا الشرط ،
قابلاً للاستبدال في أى وقت شاء المدين^(١) .

٣٣٣ - جواز التقييد من قابلية الدخل للاستبدال : على أنه إذا كان

لا يجوز نحو قابلية الدخل للاستبدال على النحو الذى قلناه ، فإنه يجوز
التقييد من هذه القابلية إلى مدى معين ، مراعاة لمصلحة الدائن .

فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٦ مدنى ، كما رأينا ، الاتفاق
على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حياً ، أو على ألا يحصل
قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة .

فيجوز أولاً الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل
حياً . ويكون هذا شرطاً لمصلحة الدائن صاحب الدخل ، حتى يضمن إلى
مورد يتعيش منه طول حياته . فإذا تم الاتفاق على ذلك ، لم يجر للمدين
بالدخل أن يطلب الاستبدال طول حياة الدائن ، بل يجب عليه أن يؤدي له
أقساط الدخل ما دام حياً . فإذا مات الدائن ، عاد للمدين حقه في طلب
الاستبدال في أى وقت شاء ، دون أن يجبر على ذلك .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٥ -
الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٢٠ - وإذا اشترط الدائن على المدين أنه يجوز الدائن
أن يطلب الاستبدال بعد انقضاء مدة معينة ، لم يكن هذا دخلاً دائماً ، بل قرصاً عادياً أجل وقت
لقد فيه لا يحل إلا بعد انقضاء مدة معينة « بودرى وقال ٢٣ فقرة ٩٨٨ » .

ويجوز ثانيا الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال قبل انقضاء مدة معينة ،
يطمئن فيها الدائن صاحب الدخل إلى قبض أقساط الدخل طول هذه المدة .
ولكن لا يجوز أن تزيد هذه المدة على خمس عشرة سنة ، فإذا زادت وجب
انتقاصها إلى خمس عشرة سنة^(١) . فإذا تم الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال
قبل انقضاء خمس سنوات ، أو عشر سنوات ، أو خمس عشرة سنة مثلا ،
لم يجر للمدين بالدخل أن يطلب الاستبدال طول المدة المتفق عليها^(٢) ، حتى
إذا مات الدائن قبل انقضاء هذه المدة ، بل يبقى الدخل غير قابل للاستبدال
بعد موت الدائن وانتقال الدخل إلى ورثته إلى أن تنقضي المدة المتفق عليها .
فإذا انقضت هذه المدة ، عاد للمدين حقه في طلب الاستبدال دون أن يجبر
على ذلك^(٣) .

والظاهر أنه يجوز الاتفاق على الجمع بين الأمرين ، فيشترط ألا يحصل
الاستبدال مدة حياة الدائن صاحب الدخل وقبل أن تنقضي خمس عشرة
سنة . فلا يجوز في هذه الحالة للمدين بالدخل أن يطلب الاستبدال إلا بعد
موت الدائن ولو عاش أكثر من خمس عشرة سنة ، وإلا بعد انقضاء خمس
عشرة سنة ولو مات الدائن قبل هذه المدة . فلا يجوز طلب الاستبدال إذن
إلا بعد انقضاء حياة الدائن أو انقضاء خمس عشرة سنة ، أي المديتين أطول .

٣٣٤ - كيف يستعمل المبيع بالمرحل على الاستبدال : فإذا كان
للمدين بالدخل حق طلب الاستبدال ، إما لأنه لم يقيد استعمال هذا الحق

(١) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٩٨٠ - بلانيول وريبير وبولاتجه ٢ فقرة ٢٩٢٢

ص ٨٩٢ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٢٠ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٤٣٥ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٤٣٥ .

يأى قيد فيكون له طلب الاستبدال في أى وقت شاء ، وإما لأنه قيد حل
النحو الذى قدمناه وانتهى القيد بموت الدائن أو بانقضاء المدة المحددة ، فإن
له أن يستعمل هذا الحق دون أن يجبر على استعماله كما سبق القول .

فلذا اختار أن يستعمله ، وجب لاستعماله توافر شرطين^(١) : ١ - أن
يعلن رغبته في الاستبدال إلى الدائن بالدخل . ولم يشترط القانون شكلا
خاصا لهذا الإعلان ، فيصح أن يكون بإتفاق رسمي ، ويصح أن يكون
بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفويا ، ولكن عبء
الإثبات يقع على المدين فيحسن أن يجعل الإعلان بكتاب مسجل . ٢ - أن
تنقضى سنة على وصول الإعلان المتقدم الذكر إلى الدائن ، حتى لا يفاجأ
الدائن بالاستبدال في وقت كان معتمدا فيه على الدخل . فأفسح القانون
له الأجل سنة من وقت وصول الإعلان إليه ، فإذا انقضت السنة تم
الاستبدال بمقتضى القواعد التى سنينها فيما بعد . والظاهر أن المدين
يستطيع ، بعد إعلان رغبته في الاستبدال وانقضاء سنة على إعلان هذه
الرغبة ، أن ينزل عن حقه في الاستبدال وأن يستمر في الوفاء بأقساط
الدخل في مواعيدها . وهما ما لم يظهر الدائن ، بعد إعلانه بالرغبة في
الاستبدال ، قبوله لهذه الرغبة ، إذ يتم في هذه الحالة اتفاق بين المدين والدائن
على الاستبدال ، فلا يجوز للمدين وحده الرجوع في هذا الاتفاق إذا لم يقبل
الدائن هذا الرجوع . والظاهر أيضاً أن المدين ، إذا كان مقيداً بالأا يطلب
الاستبدال مدة معينة ، خمس سنوات مثلا ، يستطيع أن يعلن الدائن برغبته في
الاستبدال قبل انقضاء هذه المدة حتى يتمكن من الاستبدال بمجرد
انقضائها . فيستطيع مثلا أن يعلن الدائن برغبته في الاستبدال في السنة
الرابعة ، حتى إذا انقضت خمس السنوات تكون سنة قد انقضت من وقت
الإعلان ، فيتمكن المدين من الاستبدال بمجرد انقضاء خمس السنوات .

(١) انظر م ٣/٥٤٦ مدف .

المطلب الثاني

الاستبدال جبراً على المدين

٣٣٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٤٧ من التقنين المدني على

ما يأتي :

« يجبر المدين على الاستبدال في الأحوال الآتية :

« (أ) إذا لم يدفع الدخل سنتين متواليتين ، رغم إعلانه . »

« (ب) إذا قصر في تقديم ما وعد به الدائن من تأمينات ، أو إذا

انقضت التأمينات ولم يقدم بديلاً عنها . »

« (ج) إذا أفلس أو أعسر^(١) . »

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٧٩ فقرة ٢/٥٨٥^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٣٥ من المشروع التمهيدي على وجه يفتق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن العبارة حرف (ح) في المشروع التمهيدي كانت على الوجه الآتي : « إذا أفلس المدين أو أعسر أو صفيت أمواله تصفية قضائية » ، فحذفت عبارة « أو صفيت أمواله تصفية قضائية » في لجنة المراجعة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٥٧٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٧ (بمجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٤٣٣ - ص ٤٣٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٧٩ فقرة ٢/٥٨٥ : ومع ذلك يجوز للمقرض أن يستحصل على حكم يرد رأس ماله إذا لم يوف المقترض بما ألزم به ، أو إذا امتنع عن أدائه التأمينات المشترطة أو أحصاها أو وقع في حالة الإفلاس .

(وأحكام التقنين السابق في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين الجديد ، إلا أن التقنين السابق لا يشترط تأخر المدين في الدفع سنتين متواليتين ، بل كلف تأخره في الدفع ولو أقل من ذلك يكون عمل تقديم التقاضي وفقاً للقواعد المقررة في القسح - والبررة بتاريخ تمام الدخول الدائم ، فإذا كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلحكام التقنين السابق هي التي تسري ، وإلا فأحكام التقنين الجديد) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥١٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي ١٩٦٦^(١) أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فلم ترد فيه نصوص في الدخل الدائم .

ويمخلص من هذا النص أن هناك حالات ثلاثاً يجوز فيها للدائن نفسه أن يطلب الاستبدال ، ولو أن المدين لم يطلب ذلك ، فيكون الاستبدال في هذه الحالات الثلاث بإرادة الدائن وحده وجبراً على المدين .

٣٣٦ - المادة الأولى - حرّم دفع الرقعة سنتين متواليتين :

إذا تأخر المدين في دفع أقساط الدخل سنتين متواليتين ، وأعذرته الدائن بالدفع فلم يدفع بالرغم من الإعذار ، جاز للدائن أن يطلب فسخ الدخل الدائم ، وأن يجبر المدين على رد رأس المال لإخلاله بالتزامه^(٢) .

ويلاحظ أن فسخ الدخل الدائم هنا مقيد بتأخر المدين عن دفع الأقساط مدة سنتين متواليتين . فلو تأخر مدة أقل من سنتين ، لم يجوز للدائن طلب الفسخ ، وإنما يجوز له إجبار المدين على دفع المتأخر

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥١٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٤٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٩٦ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٣٧) .

(٢) قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٢١ ص ٢٣٥ (ويذهب إلى أن هذا ليس يفسخ بل هو سقوط للأجل) . على أن الفسخ هنا لا يكون لقاضي في الحكم به سلطة تقديرية ، بل يجب أن يحكم بالفسخ (انظر بلانويول وديير وبولانجيح ٢ فقرة ٢٩٣٣ - وقارن جوسران ٢ فقرة ١٣٥٧) .

على النحو الذى بيناه فيما تقدم^(١) . كذلك لا يكون للدائن طلب الفسخ ، وإنما يكون له إجبار المدين على دفع المتأخر ، إذا تأخر المدين فى دفع الأقساط سنتين غير متواليتين ، أو تأخر مدة أكثر من سنتين ليس فيها سنتان متواليتان . مثال ذلك أن يتأخر المدين فى الدفع ستة ، ثم يدفع السنة التالية ويقبل منه الدائن هذا الدفع ، ثم يتأخر فى الدفع السنة الثالثة . فهنا قد تأخر المدين عن الدفع فى السنة الأولى وفى السنة الثالثة . فلا يستطيع الدائن طلب الفسخ لأن السنتين اللتين تأخر عن الدفع فيهما ليستا متواليتين . فإذا دفع المدين عن السنة الرابعة وقبل منه الدائن هذا الدفع ، وتأخر عن الدفع فى السنة الخامسة ، فيكون قد تأخر فى الدفع ثلاث سنوات - السنة الأولى والسنة الثالثة والسنة الخامسة - فإنه لا يكون مع ذلك قد تأخر فى الدفع سنتين متواليتين ، ومن ثم لا يجوز للدائن طلب الفسخ ، وليس له إلا إجبار المدين على دفع المتأخر .

٣٣٧ - المادة الثانية - تفصيل المبرر فى تقرير التأمينات أو انصرام

هذه التأمينات . وإذا وعد المدين بتقديم تأمينات ولم يقدمها ، أو انقضت التأمينات التى قدمها كلها أو بعضها ولم يقدم بديلاً عما انعدم ، جاز للدائن هنا أيضاً أن يجبر المدين على الاستبدال فيسرد منه رأس المال . وليس هذا عن طريق فسخ الدخل الدائم ، بل عن طريق سقوط الأجل^(٢) . فقد رأينا أن الأجل يسقط إذا لم يقدم المدين ما وعد بتقديمه من التأمينات ، أو إذا

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٢٧ . وليس هنا الحكم من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على أن التأخر ستة عن دفع الأقساط يكفى لفسخ ، كما يجوز الاتفاق على أن الفسخ لا يكون إلا إذا تأخر المدين عن الدفع ثلاث سنين أو أكثر (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٩٩٠) .

(٢) ومن ثم لا يحتاج الدائن إلى طلب حكم بالفسخ ، ولا يجوز منح المدين نظرة المؤسرة إذا ما طلب الدائن من القاضى تقرير أن الأجل قد سقط .

أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكلة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً^(١) . فيجب إذن تفسير المادة ٥٤٧ (حرف ب) مدني في ضوء ما تقدم^(٢) .

٣٣٨ - **الحالة الثالثة - إحصار المبرع أو المبرور** : وإذا شهر إحصار المدين بالدخل أو شهر إخلاسه ، فإن الأجل يسقط أيضاً في هذه الحالة^(٣) ، ومن ثم يجوز للدائن إجبار المدين المعسر أو المقلس على الاستبدال ورد رأس المال .

المبحث الثاني

كيف يتم الاستبدال

٣٣٩ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٥٤٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - [١] تب الدخل مقابل مبلغ من النقود ، ثم الاستبدال برد المبلغ بتمامه ، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك .

(١) انظر م ٣٧٣/٢ مدني - والوسيط المؤلف جزء ٣ - فقرة ٧٣ - فقرة ٧٤ .
(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيد في هذا الصدد : « وعلى ذلك يجب التفرقة بين ما إذا كان انعدام التأمينات أو نقصها يرجع إلى فعل المدين ، فيكون الدائن بالخيار بين الفسخ أو إدراج التأمينات إلى ما كانت عليه ، وما إذا كان ذلك يرجع لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فيكون الخيار له لا للدائن . ويجب أن تفهم التأمينات أيضاً على أنها تشمل كل تأمين خاص ، ولو أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون أو بحكم من القضاء » (مجموعة الأعمال القضائية ٤ ص ٤٣٦) .

(٣) انظر م ٣٧٣/١ مدني - والوسيط المؤلف جزء ٣ - فقرة ٧٢ .

٢ - وفي الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون مصادره محسوبة بالسعر القانوني مساوية للدخل^(١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه يتفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥١٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٩٧^(٢) . أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فلم ترد فيه نصوص في الدخل الدائم .

٣٤٠ - الحالات التي يتم فيها الاستبدال - التمييز بين فرضين :
ويضع النص المتقدم الذكر قواعد يتم على مقتضاها الاستبدال برد رأس المال إلى الدائن . وهذه القواعد تسري في جميع الحالات التي يتم فيها الاستبدال ، سواء في ذلك الحالات التي يطلب فيها المدين الاستبدال على النحو الذي قدمناه أو الحالات التي يجبر فيها على الاستبدال وفقاً لأسلفناه ، أي سواء كان الاستبدال بإرادة المدين أو كان جبراً على المدين .
ويجب في هذا الصدد أن نميز بين فرضين :
١ - إذ ، تب الدخل في مقابل مبلغ من النقود .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٣٦ من المشروع التمهيدي عل وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٥٧٦ في المشروع التمهيدي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٨ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٤٣٤ - ص ٤٣٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥١٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٤٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٩٧ (موافق - انظر الأستاذ حسن النون ص ٢٣٨) .

٢- إذا رتب الدخل في مقابل غير النقود أو بغير مقابل .

٣٤١ - ترتيب الدخل في مقابل مبلغ من النقود : يرتب الدخل في مقابل مبلغ من النقود إذا كان قرصاً وكان ما دفعه الدائن إلى المدين مبلغاً من النقود ، أو إذا كان بيعاً قدر فيه الثمن مقدراً معيناً من النقود ثم حول إلى إيراد دائم .

ففي هذه الأحوال يكون رأس المال مقدراً معيناً من النقود معروفاً منذ ترتيب الدخل . ففي الاستبدال ، يكون هذا المقدار المعين من النقود هو الواجب الرد ، إذ هو رأس المال الواجب رده إلى الدائن وقد تعين منذ البداية .

ويجوز الاتفاق على أن يكون المبلغ الواجب الرد أقل من هذا المقدار ، ويحصل ذلك على أن الدائن قد تبرع للمدين مقدماً بالقرق ، أو أنه عرض عن هذا الفرق بما قبضه من أقساط روهى في تقديرها هذا التعويض ، ولكن لا يجوز الاتفاق على أن يكون المبلغ الواجب الرد أكثر من هذا المقدار ، لأن في ذلك شبهة الربا القاحش^(١) .

٣٤٢ - ترتيب الدخل في مقابل غير النقود أو بغير مقابل :
وقد يرتب الدخل في مقابل غير النقود ، كما إذا رتب بموجب بيع جعل

(١) ونقول المذكورة الإيضاحية المشروح التمهيد في هذا الصدد : « وإذا حق الرد ، سواء لأن المدين اختاره أو لأنه أجبر عليه ، فإن كان رأس المال مبلغاً من النقود ، كان هذا المبلغ هو الواجب الرد ، ويجوز الاتفاق على أن يرد مبلغ أقل . أما الاتفاق على مبلغ أكبر ففيه شبهة الربا القاحش » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ٤ ص ٤٣٦) .
وتتنى هذه الشبهة لو أنه اشترط رد مبلغ أكبر ، دون أن تكون الزيادة لو أصيبت إل ما قبضه الدائن من أقساط الدخل تجاوز الحد الأقصى لسر كثافته الاتفاقية (انظر في هذا للمنى الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٢٢) .

المتن فيه رأس الدخل الدائم دون تقدير سابق للثمن^(١) ، وكما إذا ترتب بموجب قرض كان رأس المال فيه أشياء مثلية غير النقود وكان الدخل مبلغاً من النقود . كذلك قد يترتب الدخل بغير مقابل ، كما هي الحال في ترتيبه للدخل بهية أو بوصية .

ففي جميع هذه الأحوال لا يكون رأس المال مقداراً معيناً من النقود معروفاً من قبل ، بل هو إما عين يبعث بدخل دائم ، وإما أشياء مثلية غير النقود أقرضت في مقابل دخل دائم ، وإما لا وجود له أصلاً إذا رتب الدخل الدائم عن طريق التبرع . فعمد المشرع إلى طريقة لتقدير رأس المال على الوجه الآتي : يؤخذ مقدار الدخل في السنة أساساً لهذا التقدير ، ويقدر رأس المال بحيث يكون هذا الدخل هو فائدته محسوبة بالسعر القانوني . فإذا كان مقدار الدخل في السنة مائة مثلاً في مسألة مدنية ، قدر رأس المال بحيث تكون المائة هي فائدته محسوبة بسعر ٤٪ ، فيكون رأس المال في هذه الحالة ألفين وخمسمائة .

البَابُ الرَّابِعُ

عقد الصلح

مقدمة

٣٤٣ - التعريف بمفرد الصلح ومقومته - نص قانوني :

تنص المادة ٥٤٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه » (١) .

(١) مراجع : أوبري ودو وإسبان الطبعة السادسة جزء ٦ - يودري وقال الطبعة الثالثة

جزء ٢٤ - بلانويول وديبير وسافاتييه الطبعة الثانية جزء ١١ - بلانويول وديبير وبولانجه الطبعة الثالثة جزء ٢ - كولان وكابيتان ودو لامور انديير طبعة عاشره جزء ٢ - جوسران طبعة ثانية جزء ٢ - أنسيكلوبيدى دالوز « لفظ transaction جبرو - (Olraud) في الصلح رسالة من ليون سنة ١٩٠١ - فرويمسكو (Proimesco) في النقط في الصلح رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - بواييه (Boyer) في الصلح رسالة من تولوز سنة ١٩٤٧ - ميرل (Merle) في النظرية العامة في التصرف للكاشف رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ .

الأستاذ محمد كامل مرسى في المقود المسماة جزء أول - الأستاذ محمد علي عرفة سنة ١٩٤٩ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى في المقود المسماة سنة ١٩٥٣ - الأستاذ أكثم أمين الخولى في المقود المدنية سنة ١٩٥٧ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٣٧ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً ، أو يتوقيان نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن ينزل كل منهما عن ادعاء له يتصل برابطة قانونية قائمة بينهما وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من النص ، واستعاض عنها بعبارة يفهم منها أن الصلح يتم بأن ينزل كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعاء له ، والتعديل يحمل المعنى أدق ، دون أن يغير من جوهر التعريف . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنة تحت رقم ٥٤٩ (مجموعة الأعمال التفسيرية ، ٤ ص ٤٣٩ - ص ٤٤١) . =

وبمخلص من هذا النص أن الصلح مقومات ثلاثة هي :

- ١- نزاع قائم أو محتمل .
- ٢- نية حسم النزاع .
- ٣- نزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه .

٣٤٤ - نزاع قائم أو محتمل : أول مقومات الصلح هو أن يكون هناك نزاع بين المتصالحين قائم أو محتمل . فإذا لم يكن هناك نزاع قائم ، أو في القليل نزاع محتمل ، لم يكن العقد صلحاً ، كما إذا نزل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة غير المتنازع فيها حتى يتمكن المستأجر من دفع الباقي ، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحاً^(١) .

فإذا كان هناك نزاع قائم مطروح على القضاء ، وحسمه الطرفان بالصلح ، كان هذا الصلح قضائياً (judiciaire) . ولكن يشترط ألا يكون

= ويقابل هذا النص في التفتين المدف السابق م ٥٣٢/٦٥٣ : الصلح عقد به يترك كل من المتعاقدين جزءاً من حقوقه على وجه التقابل لقطع النزاع الحاصل أو لمنع وقوعه .

(وتعريف التفتين السابق يتفق مع تعريف التفتين الجديد) .

ويقابل النص في التفتينات المدنية المربية :

التفتين المدف السوري م ١٧٥ (مطابق) .

التفتين المدف الليبي م ٤٨٨ (مطابق) .

التفتين المدف المراق م ٦٩٨ : الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالراضى .

(ولا ينص التعريف على وجوب التضحية من الجانبين ، ولكنه في مجموعه يتفق مع تعريف

التفتين المصري - انظر الأستاذ حسن النون فقره ٢٤٠) .

تفتين الموجبات والمقود اللبناني م ١٠٣٥ : الصلح عقد يحسم به الفريقان النزاع القائم بينهما أو يمتنع حصوله بالتسامل المتبادل .

(وتعريف التفتين اللبناني يتفق مع تعريف التفتين المصري) .

(١) قارب استئناف ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ - وانظر المذكورة

الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٠ .

عقد صدر حكم نهائى فى النزاع ، وإلا انقسم النزاع بالحكم لا بالصلح^(١) ،
على أن النزاع المطروح على القضاء يعتبر باقياً ، ومن ثم يكون هناك محل
للصلح ، حتى لو صدر حكم فى النزاع إذا كان هذا الحكم قابلاً للطعن فيه
بالطرق العادية كالمعارضة والاستئناف أو بالطرق غير العادية كالنقض
والتماس إعادة النظر^(٢) . وحتى لو صدر حكم نهائى غير قابل للطعن فيه ،
فلأنه يجوز أن يجد نزاع بين الطرفين على تنفيذ هذا الحكم أو على تفسيره ،
فهذا النزاع أيضاً يجوز أن يكون محلاً للصلح^(٣) .

وليس من الضروري أن يكون هناك نزاع قائم مطروح على القضاء ،
بل يكفى أن يكون وقوع النزاع محتملاً بين الطرفين ، فيكون الصلح لتوفى
هذا النزاع ، ويكون فى هذه الحالة صلحاً غير قضائى (extrajudiciaire) .

والمهم أن يكون هناك نزاع جدى ، قائم أو محتمل^(٤) ، ولو كان أحد

(١) استئناف مخطط ١٧ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٣ . وكانت المادة ٧٥٠ من
المشروع التمهيدى للتقنين المبنى الجديد تنص على أن « يكون الصلح قابلاً للبطالان إذا حسم نزاعاً
سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم » . فهنا انقسم
النزاع لحسمه بالحكم النهائى ، فلا يقوم الصلح بعد ذلك .

(٢) استئناف وطى ١٨ يناير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٦٩ - بلانيول وريبير
وساقتييه ١١ فقرة ١٥٦٤ .

(٣) بلانيول وريبير وساقتييه ١١ فقرة ١٥٦٤ ص ١٠١٤ - الأستاذ أكثم الحولى
فقرة ٨ - وقارن الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٨٩ - ص ٣٩٠ والأستاذ محمود جمال الدين زكى
ص ١٣ حاشى رقم ٥ .

(٤) والفرق بين النزاع القائم والنزاع المحتمل أن الأول يتضمن أمرين : تمارض
المصالح والمطالبة للقضائية . أما النزاع المحتمل فيتضمن تمارض المصالح ومجرد إمكان المطالبة
القضائية التى توافرت شروطها ولكنها لم تقع فعلاً (بوابيه فى الصلح ص ٤٠ - الأستاذ أكثم
الحولى ص ٩ حاشى رقم ١) . فإذا لم يوجد نزاع قائم أو محتمل ، لم يكن العقد صلحاً . ومن
ثم لا يعتبر الشرط الجزئى صلحاً ، لأنه شرط اتفق عليه الطرفان لا حساً لنزاع قائم أو لنزاع
محتمل توافرت فيه شروط الدعوى دون أن ترفع ، بل هو اتفاق على تعيين مقدار التسوية
مقدماً قبل أن تتوافر شروط الدعوى وقيل أن يمكن رفعها (الأستاذ أكثم الحولى فقرة ٥ ص ١٠) .

الطرفين هو الحق دون الآخر وكان حقه واضحاً ، ما دام هو غير متأكد من حقه^(١) . فالمعيار إذن هو معيار ذاتي محض ، والمعبرة بما يقوم في ذهن كل من الطرفين لا بوضوح الحق في ذاته^(٢) .

وقد يكون النزاع في القانون ، كما إذا وقع نزاع بين الطرفين على القيمة القانونية لسند يتمسك به أحدهما ، فيتصالحان لحسم هذا النزاع القانوني . والصلح في هذه الحالة يكون صحيحاً ، حتى لو كان السند في نظر رجل القانون ظاهر الصحة أو ظاهر البطلان ، فالمعبرة كما قلنا بما يقوم في ذهن الطرفين ، حتى لو قام الصلح على غلط في القانون وقع فيه أحد الطرفين فسرى أن الغلط في القانون لا يبطل الصلح^(٣) .

وقد يكون النزاع في الواقع لا في القانون ، كما إذا قام نزاع بين المستول والمضروب هل وقع خطأ من المستول أو لم يقع ، أو قام نزاع على مدى التعويض بفرض أن المستول مقرر بالخطأ . فيحسم الطرفان بالصلح هذا النزاع ، والمعبرة كما قلنا بما يقوم في ذهن كل منهما مهما كان الواقع في ذاته واضحاً لا مجال فيه للشك .

٣٤٥ - يزعم النزاع : ويجب أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما ، إما بإنهائه إذا كان قائماً ، وإما بتوقيه إذا كان محتملاً . فإذا

(١) وقد يكون متأكداً من حقه ، بل ولا يشك في نتيجة التقاضي وأنه سيحصل على حكم لصالحه ، ومع ذلك يقدم على الصلح ، لأنه يريد توقط طول إجراءات التقاضي ، أو يريد أن يتغاضى طريح المصونة أمام القضاء وما قد يستتبع ذلك من علانية وتشهير . ففي هذه الحالة يمكن احتمال قيام النزاع ، دون حاجة إلى قيام الشك حتى في نتيجة التقاضي . وسرى أنه يمكن في عصر التضحية من الجانبين أن أسد الجانبين ينزل من جزء من ادعائه في نظير أن ينزل الآخر عن التقاضي (انظر ما يلي بقرة ٣٤٦ - الأستاذ أكرم الخولي بقرة ٧) .

(٢) بودري وقال ٢٤ بقرة ١٢٠٢ .

(٣) بودري وقال ٢٤ بقرة ١٢٠٢ - بلانيول وريبير وسالتييه ١١ بقرة ١٥٦٤ .

تتازع طرفان على ملكية منقول قابل للتلف ، واتفقا على بيعه تفادياً لتلفه
ولإبداء الثمن خزانة المحكمة ، على أن ثبت المحكمة فيمن منهما هو المالك
فيكون الثمن من حقه ، لم يكن الاتفاق على بيع المنقول صلحاً لأنه لم يحسم
الزراع الواقع على ملكية المنقول . وقد قضى بأنه لا يعتبر صلحاً تعهد أحد
الخصمين للآخر ، أثناء نظر الدعوى ، ببيع العقار محل النزاع بشروط
معينة ، لأن هذا التعهد لم يتناول البت في شيء من موضوع النزاع بين
الطرفين (١) . وقضى أيضاً بأنه إذا اتفق الخصمان ، في دعوى فسخ قائمة بينهما
ومتعلقة ببيع عين من أحدهما إلى الآخر ، على بيع هذه العين ييماً معلقاً
على شرط صدور الحكم في دعوى الفسخ ، لم يكن هذا الاتفاق صلحاً لأنه
لم يحسم النزاع في دعوى الفسخ (٢) .

ولكن ليس من الضروري أن يحسم الصلح جميع المسائل المتنازع فيها
بين الطرفين ، فقد يتناول الصلح بعض هذه المسائل فيحسمها ويترك الباقي
للمحكمة تتولى البت فيه (٣) . كذلك يجوز للطرفين أن يتصالحا حسم
لنزاع ، ولكنهما يتفقان على أن يستصدرا من المحكمة حكماً بما تصالحا عليه ،
فيوجهان الدعوى على هذا الأساس حتى يصلر من المحكمة الحكم المرغوب فيه
(jugement d'expédient) ، فيكون هذا صلحاً بالرغم من صدور الحكم (٤) .

(١) استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٨٦ - الأستاذ محمود جمال الدين
زكي فقرة ٩ .

(٢) نقض فرنسي ١٠ مايو سنة ١٩٠٣ ١٩٠٣ - ١ - ٤٨٥ - بلانيول
ورديير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٥ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٩ - ونقشت محكمة
إتاي البارود بأنه إذا ظهر أن النص في العقد الممنون بالصلح بالتزام كل من المتداعين بالتأدية
محمين كان بعيداً من أصل الالتزام المراد إنهاؤه صلحاً مع بقاء هذا الالتزام مقرأ به برسه ،
وجب الفصل في الدعوى على الأصل فيها (٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٩ من ٧٩٠) .
(٣) بلانيول ورديير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٥ .

(٤) بودري وقال ٢٤ فقرة ١٢١٠ - بلانيول ورديير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٥ -
وهذا غير أن يتقدم الطرفان بالصلح إلى المحكمة للتصديق عليه ، وسيأتي بيان ذلك فيما بل .

٣٤٦ - نزول كل من المتصلحين من جزء من اموالهم : ويجب في الصلح أن ينزل كل من المتصلحين على وجه التقابل عن جزء من اعدائه^(١). فلو لم ينزل أحدهما من شيء مما يديه ونزل الآخر عن كل ما يديه ، لم يكن هذا صلحا ، بل هو محض نزول عن الادعاء . فإقرار الخصم لنفسه بكل ما يديه ، أو نزوله عن اعدائه ، لا يكون صلحا . وهذا هو الذي يميز الصلح عن التسليم بحق الخصم (acquiescement) ، ويميزه عن ترك الادعاء (désistement) . ففي التسليم بالحق وفي ترك الادعاء حمس طفرزاع ، ولكن بتضحية من جانب واحد ، أما الصلح فيجب أن يكون تضحية من الجانبين^(٢) .

وليس من الضروري أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة ، فقد ينزل أحد الطرفين عن جزء كبير من اعدائه ، ولا ينزل الآخر إلا عن الجزء اليسير . ففي التسليم بحق الخصم وفي ترك الدعوى ، إذا قبل الطرف الآخر أن يتحمل في مقابل ذلك بمصروفات الدعوى ، كان هذا صلحا مهما كانت تضحية الطرف الآخر قليلة بالنسبة إلى تضحية الطرف الأول^(٣) . بل قد

(١) انظر في طبيعة هذا النزول المتبادل ، وفي أنه نزول لا حواقة حق متنازع فيه : يوليه في الصلح ص ٣٠٩ - الأستاذ أكثم الخول فقرة ٧ - وانظر في أن موضوع النزول هو حق الدعوى لا الحق ذاته ولا مجرد الادعاء الأستاذ أكثم الخول فقرة ٨ .

(٢) استئناف وطني ١٥ يونيو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٩٧ - ١٧ يوليه سنة ١٩١٨ الحقوق ٣٣ ص ٢٥٨ - بلانيول وريبير وسقائيه ١١ فقرة ١٥٦٣ .

(٣) فإذا أقر المدعى عليه بمبلغ الدين كله ، ولكنه اتفق مع المدعى على أن يدفع جزءا منه أجل ، فإلحاق الدين لمدينه في دفع جزء من الدين إلى أجل يعد تركا منه للمدعى من حقوقه ، ويكون هذا صلحا ، وتكون المحكمة مضطرة في رفض التصديق عليه بدعوى أن المدين أقر بالدين كله ، وكان ينبغي أن تصدق عليه حتى يتمكن الخصوم من استرجاع نصف ما دفعوه من الرسوم . (مذكرة اللجنة القضائية رقم ٣٢ في ١٤ مايو سنة ١٩١٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود للمجلة ١ ص ٤٩٩ حاشي رقم ١) . انظر أيضا : نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة -

يعتمد شخص إلى الصلح مع خصمه حتى يتفادى التقاضى بما يمر من إجراءات معقدة وما يحشم من مصروفات باهظة وما يستغرق من وقت طويل ، أو حتى يتفادى علانية الخصومة والتشهير في أمر يؤثر كتمانها ، فينزل عن جزء من ادعائه لهذا الغرض حتى يسلم له الخصم بياق حقه ، فيحصل عليه في يقين ويسر أو في سكون وتستر^(١) .

٣٤٧ - تميز الصلح عن غيره مما يلتبس به : يلتبس الصلح بالتحكيم في أن كلا منهما يقصد به حسم خصومة دون استصدار حكم قضائي . ولكن التحكيم يختلف عن الصلح اختلافاً يبنأ ، ففيه يتفق الطرفان على محكمين يتتون في نزاعهم . فالذى يبت في النزاع في التحكيم (compromis) هم

= أحكام التقضى ه رقم ٨ ص ٨٥ - أما إذا حصل الدائن مل إقرار كامل بحقه دون أن ينزل من ثقه ، نه أو يبلل أية تحقية ، فهذا إقرار من المدين وليس صلحاً (استئناف مخطط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٢) .

(٧) ويؤثر بذلك صلحاً يحسر فيه حل قضية يكسبها (Une mauvaise transaction vaut mieux qu'un bon procès) بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٥٦٦ - أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ transaction فقرة ١٢) .

وكا يتحقق الصلح لو أن كلا من الطرفين نزل عن جزء من ادعائه ، كذلك يتحقق لو أن أحد الطرفين نزل عن كل ادعائه في مقابل مال آخر خارج عن موضوع النزاع ، كما إذا تنازع شخصان على ملكية دار ثم اصطلحا حل أن يأخذ أحدهما الدار في نظير أن يسلي للآخر أرضاً أو مبلغاً من النقود لم يكن داخلاً في النزاع . ويسمى المال الذى أعطى في نظير الصلح بدل الصلح . وإذا كان الصلح كاشفاً بالنسبة إلى الدار الداخلة في النزاع ، فإنه يكون نافلاً بالنسبة إلى بدل الصلح (بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٥٧٥ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٠ ص ١٦ - ص ١٧) . عل أنه حتى في هذه الصورة يمكن القول بأن كلا من الطرفين نزل عن جزء من ادعائه ، فن خلصت له ملكية الدار نزل عن جزء من ادعائه فيها واشترى هذا الجزء الذى نزل عنه بما دفعه إلى الآخر فخلصت له الدار كاملة ، ومن أخذ النقود نزل عن جزء من ادعائه وباع الجزء الآخر الذى لم ينزل عنه بالنقود إلى أخنعا (الأستاذ أكرم المحول ص ١٦ معاشي ونم ٢) .

المحكوم ، أما في الصلح (transaction) فهم أطراف الخصومة أنفسهم .
والتحكيم لا يقتضى تضحية من الجانبين ، على خلاف الصلح ، إذ المحكوم
كالفقضاء يحكمون لمن يرون أن له حقاً بحقه كله^(١) . وإجراءات التحكيم
وقواعده بينها قانون المرافعات .

وقد رأينا أن الصلح يختلف عن التسليم بالحق (acquiescement) وعن
ترك الادعاء (désistement) ، في أن الصلح يقتضى حتماً تضحية من الجانبين ،
أما التسليم بالحق وترك الادعاء فيتضمنان تضحية من جانب واحد هو
الجانب الذى سلم بحق الخصم أو ترك الادعاء . وكذلك يختلف الصلح عن
إجازة العقد القابل للإبطال ، في أن الإجازة تتضمن نزولاً محضاً عن الحق في
إبطال العقد . ولكن إذا كان هناك نزاع بين المتعاقدين في جواز إبطال
البيع مثلاً ، وتصالحا فأجاز المشتري البيع ونزل البائع في مقابل ذلك عن
جزء من الثمن ، فهذا صلح لأنه يتضمن تضحية من الجانبين . وظاهر أن
الصلح يختلف عن الإبراء في أن الإبراء نزول كامل عن الحق من أحد
الجانبين ، أما الصلح فنزول جزئى من كل من الجانبين ، وإن كان كل منهما
يخسر النزاع .

ويختلف الصلح عن توجيه اليمين الحاسمة ، في أن الصلح يتضمن
تضحية من الجانبين ، أما توجيه اليمين الحاسمة فلا يتضمن إلا تضحية من
جانب واحد هو الجانب الذى وجه اليمين ، إذ يكسب الجانب الآخر الذى
يحلف اليمين كل ما يدعيه^(٢) .

(١) ويكون هناك صلح لا تحكم إذا نزل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه ، وتركوا
تقدير مدى ما يدعيه كل منهما للأخر إلى غير بعد أن يحددا في الصلح الأسس التى يبنى عليها الخبير
تقديره (بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٧ ص ١٠١٦ - أوبرى ورو وإسمان
٦ فقرة ٢٢٠ ص ٢٤٨ - أنيكلويدي دالوز • لفظ transaction فقرة ٢٥) .

(٢) (بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٧ ص ١٠١٧ - أنيكلويدي دالوز

• لفظ transaction فقرة ٢٩) .

وقد يستر الصلح هبة أو بيعاً ، إذا كان أحد الطرفين ، تحت ستار الصلح ، إنما نزل عن حقه للآخر دون مقابل ، أو باعه منه بشئ معين^(١) . كذلك قد يستر الصلح قسمة رضائية إذا أفرز المتقاسمون أنصبتهم في المال

(١) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٨ ص ٢٤٣ - چوسران ٢ فقرة ١٤٥٧ .

وقد نصت المادة ٦٦١/٥٣٩ من التقنين المدني السابق على أنه « إذا كان العقد الممنون باسم الصلح يتضمن في نفس الأمر هبة أو بيعاً أو غيرهما ، أيا كانت الألفاظ المستعملة فيه ، فالأصول السالفة ذكرها لا تجري إلا إذا كانت موافقة لنوع العقد الممنون بعنوان الصلح » . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً مقابلاً هو المادة ٧٤٠ من هذا المشروع ، وكان يجري على الوجه الآتي : « إذا كان ما يسميه المتعاقدان صلحاً إنما ينطوي ، رغم هذه التسمية ، على هبة أو بيع أو أية علاقة قانونية أخرى ، فإن أحكام العقد الذي يستره الصلح هي التي تسري على الاتفاق من حيث صحته ومن حيث الآثار التي تترتب عليه » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص : « إذا لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة ، بل نزل أحد الطرفين عن ادعاءاته ولم ينزل الطرف الآخر عن شيء ، كما إذا اعترف حائز العقار بملكيته لمصلحة وأعطاه مبلغاً من النقود نظير تنازل من الدعوى ، فلا يكون هذا صلحاً بل بيعاً . فإن تنازل المدعى عن دعواه دون مقابل ، كان هذا هبة . وتطبق أحكام البيع والهبة » . ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق قواعد الصورية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٤ - ص ٤٤٥ في الهامش) .

ونصت المادة ٧٠٧ من التقنين المدني العراقي على أنه « إذا كان المدعى به عيناً معينة ، وأقر المدعى عليه بها المدعى وصالحه عليها بمال معلوم ، صح الصلح وكان حكمه حكم البيع » . ونصت المادة ٧٠٨ من نفس التقنين على أنه « إذا ادعى شخص على آخر عيناً في يده مملوكة كانت أو مجهولة ، وادعى عليه الآخر بعين كذلك في يده ، واصطالحا على أن يكون ما في يده كل منهما في مقابلة ما في يد الآخر ، صح الصلح وكان في معنى المقايضة فتجري عليه أحكامها ولا تتوقف صحته على صحة العلم بالموضوعين » . ونصت المادة ٧٠٩ على أنه « إذا صالح المدعى خصمه على بعض المدعى فيه ، كان هذا أخذاً لبعض حقه وإسقاطاً لباقيته » . ونصت المادة ٧١٠ على أنه « في جميع الأحوال إذا انطوى الصلح على هبة أو بيع أو أولى عقد آخر ، فإن أحكام هذا العقد هي التي تسري على الاتفاق من حيث صحته ومن حيث الآثار التي تترتب عليه » .

ونصت المادة ١٠٥٢ من تقنين الموجبات والالتزامات على أنه « إذا كان العقد الذي سعى مصالحته ينطوي في الحقيقة على هبة أو بيع أو غير ذلك من العقود خلافاً لما يؤخذ من جهاته ، فإن صحته ومفاعيله تقدر وفقاً للأحكام التي ينضج لها العقد الذي تنطوي عليه المصاحلة » .

المشترك بالتراضي ، وحصل كل منهم على ما يعتقد أنه نصيبه كاملاً ، وإن هموا القسمة صلحاً . أما إذا كان هناك نزاع بينهم في مقدار نصيب كل منهم ، فاقسموا المال الشائع بحسب أنصبة تصالحوا عليها وسعوا العقد قسمة ، فإن القسمة هنا تتر صلحاً^(١) .

وفي المثل الأخير الذي تتر القسمة فيه الصلح ، يوجد في الواقع عقدان ، صلح وقسمة ، اختلط أحدهما بالآخر : صلح على مقدار نصيب كل من المتقاسمين وهذا هو عقد الصلح ، وإفراز لنصيب كل منهم وهذا هو عقد القسمة . وقد يختلط الصلح بعقد أخرى ، كما إذا تنازع شخصان على ملكية دار وأرض ، ثم تصالحا على أن يكون لأحدهما الدار وللآخر الأرض ، وفي الوقت ذاته باع أحدهما للآخر ما وقع في نصيبه بموجب الصلح ، فهنا اختلط عقد الصلح بعقد البيع . وفي جميع الأحوال التي يختلط فيها عقد الصلح بعقد آخر ، قد يرتبط العقدان ارتباطاً لا يقبل التجزئة بحيث إذا أبطل أحدهما وجب لإبطال الآخر ، وقلم يكونان قابلين للتجزئة فيبطل أحدهما ويبقى الآخر قائماً ، ويرجع في ذلك إلى نية الطرفين مستخلصة من الملابسات والظروف^(٢) .

ويخلص مما قدمناه أن القاضى هو الذى يكيف الاتفاق بأنه صلح أو بأنه عقد آخر ، وفقاً لمناصر الصلح التي قدمناها . ولا يتقيد في ذلك بتكليف الخصوم ، فقد يسمى الخصوم الصلح باسم عقد آخر أو يسمون عقداً آخر باسم الصلح كما رأينا . وقاضى الموضوع هو الذى يبت في وجود عناصر

(١) استئناف غنط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥ - بلانيرول وريير وسالتاييه ١١ فترة ١٥٦٧ ص ١٠١٦ - أنسيكلويدى دالوز ه لفظ transaction فترة ٣٠ - فترة ٣١ . من ثم لا يجوز العن في القسمة الى تتر صلحاً بالذين كما يجوز ذلك في القسمة (أنسيكلويدى دالوز ه لفظ transaction فترة ١٦٧ - فترة ١٦٩) .

(٢) بلانيرول وريير وسالتاييه ١١ فترة ١٥٦٨ .

الصلح من حيث الواقع ، فيقرر ما إذا كان هناك نزاع قائم أو محتمل ، وما إذا كانت نية الطرفين حسم النزاع ، وما إذا كانت هناك تضحية من الجانبين ، فتوافر بذلك عناصر الصلح ، ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض . أما وجوب توافر هذه العناصر جميعاً ليكون العقد صلحاً فهذه مسألة قانون لا يستقل بها قاضي الموضوع ، بل تخضع لرقابة محكمة النقض . فإذا لم يستظهر قاضي الموضوع عناصر الصلح على النحو الذي قدمناه ، أو استظهرها ولكنه أخطأ في تكييفها القانوني ، فإن حكمه يكون قابلاً للنقض^(١) .

٣٤٨ - فضائلي عقد الصلح : والصلح عقد من عقود الرضا ، فلا يشترط في تكوينه شكل خاص ، بل يكفي توافق الإيجاب والقبول ليتم الصلح . وسرى أن الكتابة ضرورية ، ولكن لإثبات الصلح لا لانقاده . وهو عقد ملزم للجانبين ، إذ يلزم كل من المتصلحين بالنزول عن جزء من ادعائه في نظير تنازل الآخر عن جزء مقابل . فينحسم النزاع على هذا الوجه ، ويسقط في جانب كل من الطرفين الادعاء الذي نزل عنه ، ويبقى الجزء الذي لم ينزل عنه ملزماً للطرف الآخر .

وهو عقد من عقود المعارضة ، فلا أحد من المتصلحين يتبرع للآخر ، وإنما ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه بمقابل ، هو نزول الآخر عن جزء مما يدعيه . وقد يكون الصلح عقداً مبدئياً (commutatif) كما هو الغالب ، فإذا قام نزاع بين شخصين على مبلغ من النقود فاتفقا على أن يعطى المدين للدائن مبلغاً أقل على سبيل الصلح ، فهنا قد عرف كل منهما

(١) بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٩ - وإذا ظهر أن الصلح يتر عقد آخر ، فأحكام هذا العقد الآخر هي الواجبة التطبيق (استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٥٠ ص ٥٧) .

مقتل ما أخذ ومقدار ما أعطى فالعقد محدد^(١) . أما إذا تصالح أحد الورثة مع وارث آخر على أن يرتب له إيراداً مدى الحياة في مقابل حصته في الميراث المتنازع فيها ، فالعقد هنا احتيالي^(٢) .

وسرى فيما يلي أن الصلح أيضاً عقد كاشف للحقوق لا منثى لها ، وأنه عقد غير قابل للتجزئة فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله^(٣) .

٣٤٩ - التنظيم الشريعى لعقد الصلح : وضع التقنين المدني الجديد عقد الصلح بين العقود الواردة على الملكية ، لا لأنه ينقل الملكية كما هو الأمر في البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض ، إذ الصلح عقد يكشف عن الحقوق لا ينقلها ، بل لأنه يتضمن نزولاً من كل من المتصلحين عن جزء مما يدعيه ، والنزول عن الحق يرد على كيانه بالذات . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « دخل الصلح ضمن العقود التي ترد على الملكية ، لا لأنه ينقلها ، فسيبقى أن الصلح كاشف للحقوق لا ناقل لها ، بل لأنه يتضمن تنازلاً عن بعض ما يدعيه الطرفان من الحقوق ، والتنازل عن الحق يرد على كيانه لا بمجرد ما ينتجه من الثمرات »^(٤) .

وجاء التقنين الجديد أقرب إلى المنطق في ترتيب نصوص الصلح من التقنين السابق ، فقسمها إلى أقسام ثلاثة . عرض في الأول منها إلى أركان

(١) بون فقرة ٤٦٢ - جيوار فقرة ٨٢ - أنسيكلويدى دالوز . لفظ transaction فقرة ٢٢ .

(٢) بودرى وقال فقرة ٢٤ فقرة ١٢١٥ .

(٣) انظر في كل ما تقدم بودرى وقال فقرة ٢٤ فقرة ١٢٠٦ .

(٤) « مجموعة الأعمال التحضيرية » ص ٤٣٧ - قارن الأستاذ أكرم الحول فقرة ٢ ص ٥ : « وبمعرض بأن الصلح قد يتضمن تنازلاً عن حق شخصي فلا يكون إذن وارداً على الملكية . ويدفع هذا الاعتراض أن التنازل عن حق شخصي هو تنازل عن كيان الحق ذاته أو عن ملكيته ، كما أن حوالة الحق هي نقل الملكية الحق من دائن قديم إلى دائن جديد .

الصلح ، فذكر الرضاء والأهلية والمحل والسبب ، واستطرد إلى إثبات الصلح . وعرض في القسم الثاني إلى آثار الصلح ، فبين أثره من حيث حجم النزاع ، ومن حيث أنه كاشف لا منفي ، وقرر أن هذه الآثار يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً لا توسع فيه . وعرض في القسم الثالث إلى بطلان الصلح ، فبين أنه لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون ، وأن الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان المقد كله^(١) . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في فسخ الصلح ، إذا أضيف إلى النص الخاص بالبطلان سوغ على وجه ما أن يكون هناك قسم ثالث لانقضاء الصلح . ولكن هذا النص حذف كما سئرى في لجنة المراجعة ، ومع ذلك بقى القسم الثالث لا يتضمن إلا بطلان الصلح ، وكان الأولى إدماجه في القسم الأول المتعلق بأركان الصلح . وهذا ما سنسير عليه في بحثنا .

٣٥٠ - أهم الفروق بين التقنين الجديد والتقنين السابق في قدر

الصلح : بينت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٢) أهم هذه الفروق فيما يأتى :

١ - عرض التقنين الجديد صراحة لإثبات الصلح ، فأوجب أن يكون بالكتابة . وهذا تقنين للقضاء المختلط في هذه المسألة .

٢ - ذكر التقنين الجديد صراحة الأثر الكاشف للصلح ومبدأ عدم التجزئة .

٣ - بين التقنين الجديد في وضوح أن الطعن في الصلح بالبطلان بسبب غلط في القانون لا يجوز ، وترك بقية أسباب البطلان للقواعد العامة .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٧ .

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٨ .

٤- أغفل التفتين الحديد نصين في التفتين السابق اكتفى فيهما بتطبيق القواعد العامة ، هما المادة ٦٥٨/٥٣٦ وهي تتعلق بالغلط في أرقام الحساب ، والمادة ٦٥٩/٥٣٧ وهي خاصة بانتقال التأمينات لتضمن الوفاء بالصلح^(١).

٣٥١- **خطئة البحث :** ونبحث عقد الصلح في فصلين : الفصل الأول في أركان الصلح ، والفصل الثاني في آثاره .

(١) وأغفل أيضاً نصاً ثالثاً هو المادة ٦٦١/٥٣٩ ، وهي المتعلقة بستر الصلح لحقه آخر ، حبة أربيع لوغير ذلك ، اكفاء بتطبيق القواعد العامة (انظر ألفاً فقرة ٣٤٧ في الخامس) .

الفصل الأول

أركان الصلح

٣٥٢ - أركان الصلح : كما لسائر العقود ، أركان ثلاثة :
التراضى والمحل والسبب .

الفرع الأول

التراضى فى عقد الصلح

٣٥٣ - شروط انعقاد شروط الصحة : نتكلم فى شروط الانعقاد
فى التراضى ، ثم فى شروط صحة التراضى .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

٣٥٤ - توافق الإيجاب والقبول فى عقد الصلح : قدمنا أن
عقد الصلح من عقود التراضى ، فيكتفى لانعقاده توافق الإيجاب والقبول
من المتصلحين^(١) .

(١) وإذا عرض شخص الصلح على المضرور فلم يقبله هذا ، لم يكن هذا الشخص مقيداً
بعرضه ، وجاز له أن يناقش مبدأ المسؤولية ذاته (استئناف مخطط ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م
٢٠ ص ٢٤١) . وإذا رفض شخص الصلح المعروض عليه من آخر ، سقط الإيجاب ، ولم يحز
التمسك به بعد ذلك (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٤) . وإذا أظهر
للأهاتن استعداداً للزول من جزء من حقه ولم يستجب المدين لهذا العرض ، جاز للدائن بعد رفض
المدين أن يطالب بحقه كله ، ولا يحتاج عليه بما سبق أن عرضه ورفضه المدين (استئناف مخطط
٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٤) . وسكوت أحد الطرفين فى مجلس الصلح لا يعتبر =

ولكن الصلح لا يتم عادة إلا بعد مفاوضات طويلة ومساومات وأخذ ورد . فيجب تبين متى تم الاتفاق نهائياً بين الطرفين ، ولا يجوز الوقوف عند أية مرحلة من مراحل التفاوض في الصلح مادام الاتفاق النهائي لم يتم .

وقد يقبل المضرور من التسبب في الضرر عطية على سبيل الإحسان أو على سبيل التخفيف من مصابه ، فلا يكون هذا صلحاً . ذلك أن التسبب في الضرر لم يرد بهذه العطية أن يقر بمبدأ المسؤولية ، ولم يرد المضرور بقبولها أن يعالج على حقه في التعويض . فيبقى الباب مفتوحاً لمساءلة المتسبب في الضرر ، ولا يستطيع هذا أن يحتج بأنه تصالح مع المضرور ، كما لا يستطيع المضرور أن يحتج بأن المتسبب في الضرر قد أقر بمسؤوليته^(١) . وتسرى على انعقاد الصلح بتوافق الإيجاب والقبول القواعد العامة في

= قيوماً ، لأن الحقوق لا تنقضي بالاستئجار والاحتال (محكمة مصر الوطنية ٢ مارس سنة ١٩٢٠
الحلقة ٥ رقم ٣/٢٧٥ ص ٤٣٨) .

والإيجاب بالصلح وحدة لا تتجزأ ، فلا يجوز قبوله جزئياً (استئناف مخطط ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١١٢) . وللقبول يجوز أن يكون ضمنياً ، فقبول مند إثنى وتظهيره إلى مصرف يتولى تحصيل قيمته يتضمن قبول الصلح الذي هو سبب السند الإثنى (استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) . ولا يعتبر قبولاً ضمنياً صلح أن يقبل الشخص جزءاً من حقه المستحق الأداء ، ولو ادعى المدين أنه دفع هذا الجزء على سبيل الصلح ، مادام الدائن لم يظهر أى قبول لهذا الصلح المسمى به (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٤) . والإيجاب الصادر من الدائن بالصلح لا يقبله مادام المدين لم يقبله (استئناف مخطط ٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٥ - ٨ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٤ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٩٦) . وإذا غفل مشروع صلح أمده شخص توسط بين الطرفين ، فلا يحتج على الطرفين بهذا المشروع (استئناف مخطط ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٣ - مستجبل القاهرة ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ الحلقة ٢٦ رقم ٢٥٠ ص ١٨٧) .

(١) أنسيكلويدى دالوز ه لفظ transaction فقرة ٤٧ .

نظرية العقد . من ذلك طرق التعبير عن الإرادة ، والوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقدته لأهليته ، والتعاقد ما بين الغائبين ، وغير ذلك من الأحكام العامة .

ولا بد من وكالة خاصة في الصلح^(١) ، فلا يجوز للمحامي أن يصالح على حقوق موكله ما لم يكن الصلح منصوباً عليه في عقد التوكيل . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدني : « لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، ووجه خاص في البيع والرهن والترعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء » . على أنه إذا كان هناك توكيل عام في أعمال الإدارة ، جاز أن يشمل هذا التوكيل الصلح المتعلق بأعمال الإدارة دون غيرها^(٢) .

(١) نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٨ ص ٢١٩ - وقد قضت أيضاً محكمة النقض بأنه لا يشترط في الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين سكاكاً لما ينزل عنه الطرف الآخر . وإذن فتي كان التوكيل الصادر إلى وكيل المظنون عليهما يبيح له إجراء الصلح والنزول عن الدعوى ، وكان الصلح الذي عقده مع الطاعنين في حدود هذه الوكالة واستوفى شرائطه القانونية ، بأن تضمن نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعائاته على وجه التنازل حسب النزاع القائم بينهما ، وكان الحكم المظنون فيه إذ لم ينته بهذا الصلح ، وإذ قرر أن التوكيل لم يراع فيه حدود وكالة ، أقام قضاء على أن الصلح الذي عقده فيه غبن على موكله ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون . ذلك لأن الثنين على فرض ثبوته لا يؤدي إلى اعتبار التوكيل مجاوزاً لحدود وكالة ، وإنما محل بحث هذا الثنين وتحديد مدى آثاره يكون في صدد علاقة التوكيل بموكله لا في علاقة الموكل بمن تعاقده مع التوكيل في حدود الوكالة (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ص ٨٥) . وإذا وكل شخص وكيلين عنه في الصلح على أن يعمل معاً ، فانفرد أحدهما بإبرام الصلح ، كان الصلح باطلاً (استئناف غنطط ١٢ يناير سنة ١٩٥٥ م ١٧ ص ٧٦) .

(٢) بلائيول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٧١ - ونص المادة ٧٠٣ من المئتين المئتين العراقي على أن « الوكالة بالنصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح ، فإن صالح عن الدعوى الموكل بالنصومة فيها بلا إذن موكله فلا يصح صلحه » . ولا يجوز لوكيل بالسوطة أن يصالح على حقوق موكله دون إذن خاص (استئناف غنطط ٤ مايو سنة ١٩٩٩ م ١١ ص ٢٥٥) .

٣٥٥ - **الصلح القاضى** : يقع هذا الصلح بين الخصوم فى دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء ، وتصدق عليه المحكمة . وقد نصت المادة ١٢٤ من تقنين المرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى : « للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة فى أية حال تكون عليها الدعوى إثبات ما انفقوا عليه فى محاضر الجلسة ، ويوقع عليه منهم أو من وكلائهم . فإذا كانوا قد كتبوا ما انفقوا عليه ، ألحق المكتوب بمحضر الجلسة ، وأثبت محتواه فيه . ويكون لمحضر الجلسة فى الحالين قوة السند التفضيلى واعتباره . وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام » . ولا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح إلا بحضور الخصمين ، لأن القاضى إنما يقوم بمهمة الموثق ، ولا يجوز توثيق عقد إلا بحضور الطرفين . فإذا غاب أحد الطرفين ، امتنع على القاضى التصديق على الصلح ، حتى لو كان الطرف الغائب قد قبل التصديق على الصلح فى غيبته ، ولكن ذلك لا يمنع من اعتبار محضر الصلح الموقع عليه من الطرف الغائب سنداً يصح الحكم بمقتضاه . وإذا حضر الطرفان وعدل أحدهما عن الصلح ، لم يجوز للقاضى التصديق عليه^(١) ، ويعتبر القاضى الصلح الذى عدل عنه أحد الطرفين ورقة من أوراق الدعوى يقدر قيمتها بحسب الظروف^(٢) . ويعتبر هذا

(١) نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٢٨ مجموعة حر ١ رقم ٣٧١ ص ١١٣٧ استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٣ المحللة ١٣ رقم ٦٢٣ ص ١٢٢٣ - محكمة مصر الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧ ص ١٢ .

(٢) استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحللة ١٦ رقم ٢١٥ ص ٤٩٥ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحللة ١١ رقم ٨٦ ص ١٤٥ . وقد ذهبت محكمة الاستئناف المختلفة إلى أن للقاضى أن يرفض التصديق إذا وجد فى الصلح ما يخالف للنظام العام أو الآداب العامة أو ما يضر بمصالح الغير كدائن دخل فى التوزيع ولم يكن طرفاً فى الصلح (١٥ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٢٦٥ - وقارن الأستاذ الخولى ص ٤١ - ص ٤٢) .

الصلح القضائي ، أو الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، بمثابة ورقة رسمية ، أي بمثابة سند واجب التنفيذ لتصديق القاضي عليه . ولكنه لا يعتبر حكماً ، فهو لا يخرج عن كونه عقداً تم بين الخصمين^(١) . ويجوز لكل منهما الطعن فيه ، ولكن ذلك لا يكون بالطرق المقررة للطعن في الأحكام ، لأنه لا يعتبر حكماً كما قلنا ، وإنما يكون طريق الطعن فيه بدعوى أصلية^(٢) . فيجوز لكل من الطرفين أن يطلب في دعوى أصلية لإبطال الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح لنقص في الأهلية^(٣) ، أو لنقض في الواقع ، أو لتدليس ، أو لغير ذلك من أسباب البطلان^(٤) . على أنه يجوز أخذ حق اختصاص بموجب هذا الحكم ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القاضي وهو يصدق هل الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في خصومة ، لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمانة من الاتفاق ، وإذ إن هذا الاتفاق لا يبدو أن يكون عقداً ليست له حجية الشيء المحكوم له ، وإن كان يملئ شكل الأحكام عند إثباته (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١) .

(٢) لكن إذا قبل الخصم الحكم الابتدائي صلحاً وتنازل بهذا الصلح من الحق في استئنائه ، ثم استأنفه ، وقدم المستأنف عليه إلى محكمة الاستئناف عند الصلح محضاً به على خصمه في قبوله الحكم الابتدائي وتنازله من الحق في استئنائه ، وطلب مؤاخضته به ، فلا شك أن من حق هذا الخصم (المستأنف) أن يطعن في هذا العقد ويدفع حجيته عنه ، ومن واجب المحكمة أن تتعرض له وتفصل في النزاع القائم بشأنه بين الطرفين ، فإن هذا العقد حكم حكم كل دليل يقدم إلى المحكمة فتقول كلمتها فيه أخذاً به أو اطراحاً له ، ولا يجب عليها وقف الاستئناف حتى يفصل في الدعوى المقامة بصحة عقد الصلح وتفاذه (نقض مدني ٥ يونيو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢١١ ص ٤٥٠) .

(٣) استئناف مخطئ ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥١ .

(٤) استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢١٥ ص ٤٩٥ - حكى ذلك استئناف مخطئ ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٧ . ويكون الصلح المصدق عليه قابلاً للقسخ كسائر العقود ، ويكون تفسيره طبقاً للقواعد المتبعة في تفسير العقود لا في تفسير الأحكام (نقض مدني ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٧٦ - استئناف وطني ٦ يناير سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٥٧ ص ٩١) .

لا لأنه حكم بالتطبيق للمادة ١٠٨٥ مدني ، بل لأنه قد ورد في شأنه نص خاص يميز أخذ حق الاختصاص ، وهو المادة ١٠٨٧ مدني وتجري على الوجه الآتي : « يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم . ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع »^(١) .

ويجب تمييز الحكم الاتفاق (jugement convenu, jugement d'expédient) عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح (jugement d'homologation) السابق بيانه . وصورة الحكم الاتفاقى هي أن يعمد الخصمان أثناء نظر الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع ، فإذا كان المدعى يطالب المدعى عليه مثلاً بخمسائة ، ثم يتفقان على أن يطالبه بأربعمائة فيسلم له بمدعاه ، فإن المدعى عندئذ يعدل طلباته من خمسمائة إلى أربعمائة ، ويسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، فلا يسع القاضى في هذه الحالة إلا أن يقضى بهذه الطلبات^(٢) . والحكم الصادر بذلك إنما هو في الواقع نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سمي بالحكم الاتفاقى . ولكن هذا الحكم يختلف في طبيعته عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، فإن هذا الحكم الأخير ليس حكماً كما قدمنا بل هو عقد وثقه القاضى في حدود سلطته الولاية ، بينما الحكم الاتفاقى هو حكم حقيقى صدر من

(١) انظر في الخلاف الذى كان قائماً في عهد التقنين المدنى السابق في جواز الحصول على حق اختصاص الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ٢٢ . هامش رقم ٤ - وانظر في كل ما تقدم الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ١ ص ٢٦٥ - الأستاذ محمد على عرقه ص ٣٧٦ - ص ٣٧٨ . الأستاذ أكثم الخول ص ٤١ - ص ٤٢ .

(٢) وهناك رأى ينبغي إلى أنه لا محل لأن يجارى القاضى الخصوم في هذا السبيل الصورى ، فإذا علم بتمام الصلح بين الطرفين وجب عليه أن يصدق على هذا الصلح بمقتضى سلطته الولاية ، لا أن يصدر حكماً متفقاً عليه (انظر من هذا الرأى : استئناف مخطط ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ - ١٣١ - الأستاذ أكثم الخول ص ٤٣ هامش ٣ - وانظر من الرأى العكسى : استئناف مخطط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ - ٢٢ - ١٥ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٥) .

القاضي في حدود سلطته القضائية . ومن ثم يسرى على الحكم الاتفاقى طرق الطعن المقررة في الأحكام فلا يظعن فيه بدعى مستقلة (١) :
ويخضع في تفسيره للقواعد المقررة في تفسير الأحكام لا في تفسير العقود ، ويموز أخذ حق اختصاص بمقتضاه بموجب المادة ١٠٨٥ مدنى.
لا بموجب المادة ١٠٨٧ (٢) .

٣٥٦ - إبات عقد الصلح - نص قانونى : تنص المادة ٥٥٢ من
التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمى » (٣) .

(١) استئناف مخطوط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٣١٧ - بلانويل وريير وسالتييه
١١ لفرة ١٥٨٣ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى لفرة ١٣ .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى وجوب الجمع بين التعبيرين الشكلى والموضوعى والاعتداد
بكل منهما فى لطاقه ، فلا يجوز الطعن فى الحكم الاتفاقى إلا بطرق الطعن فى الأحكام وفى المواهب
المقررة فى ، ولكن الطعن فى الموضوع يخضع لأحكام الصلح ولأسباب بطلانه ولا يجوز تعديل
هذا الحكم جزئياً لأنه من حيث الموضوع صلح تسرى عليه قاعدة عدم التجزئة (الأستاذ أكرم
الحول ص ٤٣ - ٤٤) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه
الآتى : ١٥ - لا يثبت الصلح إلا بالكتابة ، ٢ - وإذا تضمن الصلح إنشاء حق عينى
على حق أو نقل هذا الحق أو تمديله أو إنهائه ، وجب تطبيق الأحكام المتعلقة بالتسجيل .
وأقررت لجنة المراجعة النص بعد حذف الفقرة الثانية ، تحت رقم ٨٠٠ فى المشروع النهائى .
ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة الشيوخ لوحظ أن اشتراط الكتابة فى إثبات الصلح
يؤهم بوجود صدور الكتابة من الطرفين مع أن الصلح قد يثبت فى محضر رسمى أمام القاضي ،
فأضيفت إلى النص عبارة « أو بمحضر رسمى » لأن الصلح يقع أحياناً فى المحاكم ويثبت فى
محاضرهما . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس
الشيوخ كما عدله لجنة تحت رقم ٥٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٧ - ص ٤٤٨) .
ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء المختلط كان قد استقر على
اشتراط الكتابة لإثبات الصلح . والعبارة بتاريخ تمام عقد الصلح ، فإن كان هذا التاريخ سابقاً -

ولم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص مماثل ، ولكن القضاء المختلط كان قد استقر على وجوب الكتابة لإثبات الصلح لأسباب ترجع إلى أن الصلح يتضمن عادة شروطا واتفاقات معقدة إذ هي ثمرة للمساومات الدبلوماسية والأخذ والرد ، فإذا اعتمدنا في إثباتها على شهادة الشهود فلن نأكف عن الشك في صحة كل ذلك . هذا إلى أن الصلح قد شرع لحسم النزاع فلا يجوز أن يخلق هو نزاعاً آخر قد ينشأ عن إباحة إثباته بالينة ، ولما أن المتصلحين يحرصون عادة على إثبات ما اتفقوا عليه لحسم النزاع في ورقة مكتوبة^(١) .

وقد قن التقنين المدني الجديد القضاء المختلط في هذا الصدد ، فأوجب أن يكون إثبات الصلح بالكتابة للاعتبارات المتقدمة ، حتى لو كانت قيمة الصلح لا تزيد على عشرة جنيهات .

= مل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالكتابة لا تشترط طبقاً لأحكام التقنين المدني الوطني السابق ، وإلا فالكتابة واجبة طبقاً لأحكام التقنين المدني الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٠٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٥١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٧١١ (مطابق وانظر الأستاذ حسن الفتون فقرة ٢٥١) .

تقنين الموجبات والنفوذ البناني م ١٠٤١ : عندما تتضمن المصالحة إنشاء حقوق على أموال شخصية أو غيرها من الأموال القابلة للرهن العقاري ، أو التفرغ عن هذه الحقوق أو إبرامه تعديل فيها ، يجب أن تمقد خطاً . ولا يكون لها مفعول إلا إذا سجلت في السجل العقاري . (والكتابة في التقنين البناني مقصورة على الأحوال المشار إليها في النص) .

(١) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٣٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ - قارن استئناف وطني ١٥ يونيو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٩٧ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٧ - وانظر الأستاذ محمد علي عرفة ص ٣٧٨ - ص ٣٧٩ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٩ - الأستاذ أكثم الخول فقرة ٢٤ .

والكتابة لا تلزم إلا لإثبات الصلح ، فهي غير ضرورية لانعقاده لأن الصلح كما قلنا من عقود الرضى . ويترب على ذلك أنه إذا لم توجد كتابة لإثبات الصلح ، جاز إثباته بالإقرار وبالشهادتين ، ويجوز استجواب الخصم لاحتمال أن يقر للصلح .

كذلك يجوز إثبات الصلح بالبيئة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات ، إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، أو إذا فقد السند الكتابي الذي كان معداً من قبل لسبب أجنبي (م ٤٠٣ مدني) .

ويجوز إثبات الصلح كذلك بالبيئة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات ، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م ٤٠٢ مدني) . وهذه مسألة كان الفقه الفرنسي يذهب فيها مذهباً آخر^(١) ، فكان لا يميز الإثبات بالبيئة أو بالقرائن ولو مع وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يكفي لتوضيح المسائل التي تناولها الصلح والاتفاقات التي تمت بشأنها ، فالاعتبارات التي استوجبت الإثبات بالكتابة ونيل البيئة والقرائن لا تزال قائمة حتى مع وجود مبدأ ثبوت بالكتابة . ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت في عدة أحكام مطردة بجواز الإثبات بالبيئة وبالقرائن إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، وفقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن^(٢) . أما في مصر ، فلا محل للشك في جواز إثبات الصلح ،

(١) توجب المادة ٢/٢٠٤٤ من التفتيش للملف الفرنسي الكتابة لإثبات الصلح .

(٢) نقض فرنسي ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٦٤ دالوز ١-٦٥-١٠٥-١٩ أكتوبر سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦-١-٤١٦-٢ أغسطس سنة ١٩٢٧ جازيت دي بايه ١٩٢٧-٢-٨٨٢-١٣ يونيو سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦-٣٩٢-٩ يونيو سنة ١٩٤٧ J. C. P. ١٩٤٧-٢-٧٩٣١-٢ انظر في هذه المسألة يودري وقال ٢٤ فقرة ١٢٢٢-١٧ فقرة ٢٥٧-جوسران ٢ فقرة ١٤٥٣ ويملون إلى تأييد محكمة النقض الفرنسية - وانظر -

(الوسط م - ٢٤)

ولو زادت قيمته على عشرة جنهات ، بالينة وبالقرائن ، إذا وجد مبدأً ثبوت بالكتابة . والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى صريحة فى هذا المعنى إذ تقول : « والكتابة لازمة للإثبات لا للانعقاد ، فيجوز الإثبات باليمين والإقرار ، ولكن لا يجوز الإثبات بالينة أو بالقرائن ، ولو فى صلح لا تزيد قيمته على عشرة جنهات ، إلا إذا وجد مبدأً ثبوت بالكتابة ، أو إذا وجد مانع يحول دون الحصول على الكتابة » (١) .

كذلك يجوز إثبات الصلح بالينة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنهات ، إذا كان متعلقاً بزراع تجارى ، فى المسائل التجارية . يجوز الإثبات بجميع الطرق أيا كانت القيمة (٢) .

وغنى عن البيان أنه فى الأحوال التى يجب فيها إثبات الصلح بالكتابة ، تكنى ورقة عرفية للإثبات . ومن باب أولى يكتفى لإثبات الصلح المحضر الرسمى الذى تتون فيه المحكمة الصلح الواقع بين الخصوم (٣) ، فإن المحضر الرسمى حجة بما جاء فيه إلى أن يظن فيه بالتزوير (٤) .

= بلانيرول وريبير وسافاييه ١١ فقرة ١٥٨٥ - إسبان فى أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٠ ص ٢٤٧ ومامش رقم ٨ - كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٣٨٠ ص ٨٨٣ ويميلوتة إلى العكس من ذلك وتأيد الفقه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٧ .

(٢) بودى وقال ٢٤ فقرة ١٢٢٤ - وإذا كان الصلح صورياً حتى تحته حقلاً آخر ، فتقواعد إثبات الصورية هى التى تسرى ، وبخاصة للقواعد الخاصة بورقة النقد (بلانيرول وريبير وسافاييه ١١ فقرة ١٥٨٥) . وإذا نفذ المدعى عليه الصلح تنفيذاً جزئياً ، لم يقبل منه فى إثبات الصلح ضد أن يتسكع بانعدام ورقة مكتوبة (الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٧٩) .

(٣) انظر ما جاء فى لجنة مجلس الشيوخ من أنه إذا حصل الصلح أمام القاضى وأثبت فى المحضر ، فالقاضى يدعو الخصوم إلى التوقيع على هذا المحضر ، فيعتبر الصلح هنا ثابتاً بالكتابة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٨) .

(٤) وإلى هذا تشير العبارة الأخيرة من المادة ٥٥٢ مدق للسافة للذكر ، إذ تقول « لم يحضر رضى » . وقد كانت هذه العبارة غير واردة فى المشروع ، فأضيفت فى لجنة =

المبحث الثاني

شروط الصحة

٣٥٧ - الأهلية والقابلية : شروط الصحة في عقد الصلح ، كما في أى عقد آخر ، هي توافر الأهلية في المتصلحين وخطو لإرادة كل منهما من العيوب .

المطلب الأول

الأهلية في عقد الصلح

٣٥٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٥٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يشترط فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق .
التي يشملها عقد الصلح » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني المختلط السابق المادة ٦٥٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

= مجلس الشيوخ « لأن الصلح يقع أحياناً في المفاكم ويثبت في محاضرهما » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٨) . والذي يقع عادة هو أن يتقدم الخصوم بالصلح الذي تم بينهم موقفاً عليه منهم ، فتكون المحكمة في محضر وتصدر حكماً بالتصديق على محضر الصلح .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٣٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٢ - ٤٤٣) .

(٢) التقنين المدني المختلط السابق م ٦٥٥ : أهلية الصلح في حق من الحقوق هي أهلية التصرف في الحق . (وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد) .

م ٥١٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٩٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٣٦ (١).

ونرى من ذلك أن الأهلية الواجب توافرها في كل من المتصلحين هي أهلية التصرف بعوض في الحقوق التي تصلحها عليها ، لأن كلا منهما ينزل عن جزء من ادعائه في نظير نزول الآخر عن جزء مقابل ، والنزول بمقابل عن حق مدعى به هو تصرف بعوض .

٣٥٩ - **البافع الرشيد** : فإذا بلغ الإنسان الرشد ولم يحجر عليه ، كانت له أهلية كاملة في الصلح على جميع الحقوق .

غير أن هناك حالة خاصة لاحظ فيها المشرع حالة من أدرك سن الرشد وتحاسب مع وصيه السابق في شؤون الوصاية ، وصدر منه تعهد أو مخالصة لمصلحة هذا الوصي في خلال ستة من تاريخ تقديم الوصي للحساب . فقد فرض المشرع في هذه الظروف المريبة أن من أدرك سن الرشد في تلهفه على وضع يده على أمواله خضع لتأثير الولى السابق ، وتصلح معه على شؤون الوصاية ، وانتهى إلى إمضاء مخالصة الوصي أو تعهد عليه . فنصت المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال على أنه : يكون قابلاً للإبطال

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥١٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٤٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٩٩ (مطابق وانظر أيضاً المواد من ٧٠٠ إلى ٧٠٢ ، وهي أحكام خاصة بالتقنين المدني العراقي وقد استمدت من الفقه الإسلامي - انظر الأستاذ حسن القنون فقرة ٢٤٧ - فقرة ٢٤٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٣٦ : يجب على من يتخذ الصلح أن يكون أهلاً للخروج ، مقابل عوض ، من الأموال التي تشملها المصالحة .
(وحكم التقنين اللبناني يتفق مع حكم التقنين المصري) .

كل تمهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصي ممن كان في وصايته ويبلغ من الرشد ، إذا صدرت المخالصة أو التمهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه في المادة ٤٥ . فالمخالصة التي أمضاها من بلغ سن الرشد ، أو التمهد الذي أخذه على نفسه لمصلحة الوصي ، فرض المشرع أنه صلح ثم بين الطرفين ، ولكنه صلح فرضه الوصي على من كان قاصراً مستغلاً للظروف التي هو فيها ، فحصل منه على مخالصة أو ابتز منه تمهداً . فإذا صدرت هذه المخالصة أو هذا التمهد خلال سنة من تاريخ تقديم الوصي للحساب ، اكتملت القرينة التي فرضها القانون ، لأن هذه المدة ليست كافية لتخلص الشخص من تأثير وصيه السابق ، فجعل المشرع هذه المخالصة أو هذا التمهد - وهذا تعامل ينطوي في حقيقته على صلح - قابلاً للإبطال ، فيجوز لمن كان قاصراً أن يطلب إبطال المخالصة أو التمهد^(١) . ولكن الإبطال هنا لا يرجع إلى نقص أهلية من كان قاصراً في عقد الصلح ، فقد بلغ من الرشد وأصبح أهلاً للتصالح على جميع حقوقه كما هو أهل للتصرف في هذه الحقوق ، وإنما يرجع الإبطال للظروف التي قطنها ، فقد أقام المشرع قرينة على أن التعامل في هذه الأحوال إنما يتم تحت الضغط والإكراه ، وهي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ، فالإبطال يرجع إلى عيب في الإرادة وهو الإكراه المفترض ، لا إلى نقص في الأهلية . على أن دعوى الإبطال هذه ، وإن كانت قائمة على أساس إكراه مفترض ، تعتبر

(١) والنص مقصور على التمهد أو المخالصة التي تصدر من كان قاصراً لمصلحة وصيه السابق وتكون خاصة بأمور الوصاية ، ويمكن القول بأن كل تمهد أو مخالصة تصدر من كان قاصراً لمصلحة وصيه السابق في خلال السنة يفترض فيها أنها متعلقة بأمور الوصاية إلى أن يقيم الوصي السابق الدليل على العكس . ولا يبرى النص على صلح أبرم بين من كان قاصراً وورثة الوصي السابق ، أو صلح أبرم بين الوصي السابق وورثة من كان قاصراً ، إذ المقصود حماية من كان قاصراً لا حماية وريثه ، من استغلال الوصي بالقات ، لا من استغلال ورثة الوصي (الاستاذ محمد علي مرقه ص ٢٨٥) .

من الدعاوى المتعلقة بأمور الوصاية ، فلا تسقط إلا بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية (م ١/٥٣ من قانون الولاية على المال) ، بخلاف دعوى الإبطال للإكراه فإنها تسقط بثلاث سنوات من يوم انقطاع الإكراه أو بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد (م ١٤٠ مدنى)^(١) .

وما ذكرناه فى خصوص التمهيد أو المخالصة التى تصدر عن كان قاصراً وبلغ سن الرشد لمصلحة وصيه السابق ، يسرى أيضاً على التمهيد أو المخالصة التى تصدر عن كان محجوراً عليه وفك عنه الحجر لمصلحة القيم السابق .

٣٦٠ - **العصى المميز والمحجور عليه** : والعصى المميز ليست له فى الأصل أهلية التصرف فى أمواله ، فلا يملك الصلح على الحقوق . ويجوز لوليّه إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوقه ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقاراً أو محلاً تجارياً أو أوراقاً مالية تزيد قيمتها على ثلثائة جنيه (م ٧ من قانون الولاية على المال) ، أو كان مالا موروثاً إذا كان مورث القاصر قد أوصى بالآ يتصرف وليّه فى هذا المال فيجب هنا أيضاً الحصول على إذن المحكمة (م ٩ من قانون الولاية على المال) . فإذا كان الولي هو الجلد أو كان النائب عن القاصر وصياً ، فإنه لا يجوز له الصلح على حقوق القاصر إلا بإذن المحكمة^(٢) (م ١٥ من قانون الولاية على المال للجد وم ٣٩ من نفس القانون للوصى) ، إلا فيما قل من مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة بالنسبة إلى الوصى وحده^(٣) (م ٣٩ من قانون الولاية على المال) . والمحجور عليه كالعصى المميز ، وولاية القيم

(١) انظر فى هذا المنأ الأستاذ آثم النول فقرة ١٥ ص ٣٠ - وقارن الأستاذ محم على مجلة ص ٣٨٤ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام نقض ٣ رقم ١٤٢ ص ٩٦٢ .

(٣) فولاية الوصى هنا أوسع من ولاية الجلد .

في الصلح على ماله كولاية الوصي في الصلح على مال القاصر^(١) .

على أن الصبي المميز المأذون له في تسلم أمواله وقد بلغ الثامنة عشرة يجوز له الصلح في حدود أعمال الإدارة التي هو أهل لها^(٢) (م ٥٧ من قانون الولاية على المال) . وكذلك الصبي المميز الذي بلغ السادسة عشرة ، فكانت له أهلية التصرف فيما يكسب من عمله من أجر أو غيره ، له أن يصالح على ما يكون له أهلية التصرف فيه من كسب^(٣) (م ٦٣ من قانون الولاية على المال) . وللصبي المميز ، أيا كانت سنه ، أن يصالح أيضاً على ما يكون له أهلية التصرف فيه فيما يسلم له أو يوتنع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته (م ٦١ من قانون الولاية على المال) .

٣٦١ - **الصبي غير المميز** : أما الصبي غير المميز فلا يملك الصلح نكاحاً ولا يملك التعاقد ابتداءً لا تعدياً لإرادته . ويجوز لولي أو الوصي أن يصالح على حقوقه في الخلود التي يبتناها عند الكلام في الصبي المميز^(٤) .

(١) فإذا كان الصلح في طبيعته إبراءً للمجهور من جزء من الدين ، كان نافذاً له تلقاً حصفاً وجازاً للقيم أن يبرمه دون إذن المحكمة . وقد قضت محكمة النقض بأن الاتفاق الذي حصل بمقتضاه القيم على تنازل من جانب الدائن وحده للمجهور عليه الدين من بعض ما عليه من الدين قبل المجهور هو اتفاق فيه نفع محض للمجهور عليه ، إذ هو لم يلتزم فيه بشئ جديد ، بل نقضت به التزاماته السابقة إل حد كبير ، فهو والحالة هذه لا يقتضي الحصول على شأنه على إذن من المجلس الحسبي (نقض على ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ بمسوعة عمر ٤ رقم ٢٢٦ ص ٥٩٩) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ١ ص ٢٦٩ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٥ ص ٢٥ - ٢٦ - الأستاذ أكثم الخولي فقرة ١٥ .

(٣) انظر في هذا المعنى الأستاذ أكثم الخولي فقرة ١٥ ص ٢٩ - وانظر عكس ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٥ ص ٢٥ .

(٤) انظر في كل ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ١ فقرة ٢٦٩ - الأستاذ محمد علي عرفة ص ٣٧٩ - ص ٣٨٧ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٥ ص ٢٤ - ص ٢٦ - الأستاذ أكثم الخولي فقرة ١٥ - فقرة ١٩ .

أما المحكوم عليه بطبوية جنائية (م ٢٥ عقوبات) ولتأجير القطن (م ٢١٦ تجارة) -

المطلب الثاني

عيوب الرضاء في عقد الصلح

٣٦٢ - وجوب أنه يكون الرضاء غالباً من العيوب : ورضاء كل من المتصلحين يجب أن يكون خالياً من العيوب ، فيجب ألا يكون مشوباً بغلط أو بتدليس أو بإكراه أو باستغلال ، شأن الصلح في ذلك شأن سائر العقود . ونستقي الغلط لبحثه مستقلاً ، لأهميته الخاصة في عقد الصلح .

وإذا شاب الرضاء تدليس ، كان الصلح قابلاً للإبطال لمصلحة من دلس عليه وفقاً للقواعد العامة . فإذا زور شخص مستندات في نزاع قائم بينه وبين آخر ، فاعتقد الآخر صحة هذه المستندات وصالحه على هذا الأساس ، جاز له أن يطلب إبطال هذا الصلح للتدليس^(١) . وإذا ربح سند جائزة وكم بائع السند عن مشتريه هذا الأمر ، وطالبه بالفسخ لعدم دفع الثمن ، ثم صالحه على الفسخ ، فإن هذا الصلح يكون مشوباً بالتدليس^(٢) . وإذا ادعى شخص أنه قد وقع في الحماقة ، فدفع بذلك خصمه إلى قبول الصلح معه ، جاز إبطال الصلح للتدليس^(٣) . وإذا

= والمدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإضرار (م ٢٥٧ مدق) ، والمدين بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية بالنسبة إلى العقارات المبنية في التنبيه (م ٦١٦ مرافعات) ، فهؤلاء لا يجوز لهم التصرف ، كذلك لا يجوز لم المصلح . ولكن ذلك لا يرجع إل نقص في الأهلية ، بل إل اعتبارات خاصة بكل منهم .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية :

ص ٤٦٠ .

(٢) استئناف غخط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٤ .

(٣) استئناف غخط ٧ يونيو سنة ١٩٩٣ م ص ٢٩٩ - ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م

ص ٥٧ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦١ -

فلس التاجر على دائنيه ، فحملهم على الصلح معه حتى لا يشهروا إفلاسه ،
جاز للدائنين الطعن في الصلح بالتدليس^(١) .

وإذا شاب الرضاء إكراه ، جاز أيضاً إبطال الصلح وفقاً للقواعد
المقررة في الإكراه . فإذا هدد شخص آخر بإذاعة سر شائن يحط من
قلوه إذا لم يقبل صلحاً عرضه عليه ، فقبل الآخر الصلح تحت ضغط
هذا التهديد ، جاز له أن يطلب إبطال الصلح للإكراه^(٢) .

وقد يشوب الصلح استغلال ، فتتبع القواعد المقررة في الاستغلال .
مثل ذلك أن يستغل شخص في شخص آخر طيشاً بيناً ، فيدفعه إلى قبول
صلح يغبن فيه غبناً فادحاً ، فيجوز في هذه الحالة أن يرفع الطرف المستغل
دعوى الاستغلال يطعن بها في الصلح^(٣) .

٣٦٣ - الغلط في القانون في عقد الصلح - نصي فانرنى :

تنص المادة ٥٥٦ من التقنين المدني على ما يأتي : « لا يجوز الطعن في الصلح
بسبب غلط في القانون »^(٤) .

(١) استئناف مخطئ ٢٨ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٣٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بإبطال صلح أكره عليه ربان سفينة يرفع
دعوى عليه لا أساس لها ، وترتب عليها توقيع الحجز على سفينته ومنها من مغادرة الميناء
في اليوم السابق مباشرة على اليوم المحدد لرحيلها (نقض فرنسي ١٩ فبراير سنة ١٨٧٩ دالوز
٢٩ - ١ - ٤٤٥ - وانظر الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٥ ص ٢٧) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦٠ -
أما مجرد الثبن دون أن يكون مشوباً باستغلال ، فلا يكون سبباً في إبطال الصلح (استئناف
مخطئ ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٥) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٤٧ من المشروع النهائي على الوجه الآتي :

١٥ - يجوز الطعن في الصلح بسبب الإكراه أو التدليس . ٢ - ولا يجوز الطعن فيه بسبب الثبن
أو بسبب غلط في القانون ، ولكنه يكون قابلاً للإبطال إذا شاب غلط مادي وقع في شخص -

وهذا النص استثناء صريح من القواعد العامة ، فإن هذه القواعد تقضى بأن الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يجعل العقد قابلاً للإبطال . وقد نصت المادة ١٢٢ ملغى فى هذا الصدد على أن « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وقد قضى القانون فعلاً ، فى المادة ٥٥٦ ملغى السالفة الذكر ، بغير ما تقضى به القواعد

المتأخذ الآخر أو فى صفته أو فى الشيء الذى كان عللاً للزاع » . وفى لجنة المراجعة هذا النص ، فأصبح مقصوداً حل ما استقر عليه فى التفتين الملغى الجديد ، لأن بقية الأحكام التى خلقت مستفادة من القواعد العامة ، وصار النص رقمه ٥٨٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٨ وص ٤٦١ - ص ٤٦٢) .

ويقابل هذا النص فى التفتين الملغى السابق م ٦٥٧/٥٣٥ : لا يجوز الطعن فى الصلح إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع فى الشخص أو فى الشيء أو بسبب تزوير السندات التى حل بموجبها صار الصلح وتبين بعده تزويرها . (وكان القضاء فى عهد التفتين السابق يفسر هذا النص بأنه يستبعد الغلط فى القانون كسبب لإبطال العقد) .

ويقابل النص فى التفتينات المنقحة العربية الأخرى :

التفتين الملغى السوري م ٥٢٤ (مطابق) .

التفتين الملغى الليبى م ٥٥٤ : لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط القانون . ٢ - ويكون بإطلا الصلح الذى تم حل أساس وثائق تبين فيما بعد أنها مزورة ، وكذلك الصلح الذى أنصب حل خصوصية تم الفصل فيها بحكم واجب التنفيذ وجعل ذلك أحد المتعلقاتين . (وأحكام التفتين الليبى تتفق مع أحكام التفتين المصرى) .

التفتين الملغى العراقى لا مقابل - فيبدو أنه يجوز الطعن فى الصلح لغلط فى القانون كما يجوز الطعن فيه لغلط فى الواقع . ولكن الأستاذ حسن التفتون (فقرة ٢٦٨) يلحظ إلى أن الأصل فى التفتين العراقى أنه لا يجوز الطعن فى العقد لغلط فى القانون ، ويدخل الصلح فى هذه القاعدة العامة .

تفتين الموجبات والمقود البنائى م ١٠٤٨ : لا يجوز الطعن فى المصالحة بسبب غلط قانونى لم يسبب الفتن . (وأحكام التفتين البنائى تتفق مع أحكام التفتين المصرى) .

العامه ، وبأن الغلط في القانون في عقد الصلح لا يجعل الصلح قابلاً للإبطال^(١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في تعليل هذا الاستثناء ما يأتي : « ويجب التمييز ما بين الغلط في فهم القانون ، وهذا لا يؤثر في الصلح على خلاف القاعدة العامة ، والغلط في الوقائع ، وهذا يؤثر في الصلح سواء وقع في الشخص أو في صفته أو في الشيء محل النزاع أو في الباعث الخ ، ما دام الغلط جوهرياً . والسبب في أن الغلط في فهم القانون لا يؤثر في الصلح ، أن المتصلحين كانا وهما في معرض المناقشة في حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع على هذه الحقوق . بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر ، فلا يسمع من أحد منهما بعد ذلك أنه غلط في فهم القانون^(٢) » .

وهذا التعليل التقليدي الذي يتردد كثيراً في الفقه الفرنسي^(٣) ، ينتقده الفقه الحديث^(٤) ، فلا شيء يبرر الخروج على القواعد العامة في الغلط في الصلح وجعل الغلط في القانون لا يؤثر في صحة العقد^(٥) . والقول

(١) وقد نفتت محكمة الاستئناف المخططة بأنه لا يجوز للمتصالح أن يطعن في الصلح بغلط القانون وقع فيه بشأن مقاصة ، ولو كان هذا الغلط هو الدافع له على الصلح (استئناف مخطط ١ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦١ .

(٣) ٢ يون ٢٨١ - لوران ٢٨١ - ٤٠٥ - جيوار ١٣٤ - بودري ٢٤١ - ١٢٥٧ - بلانيرول وريبير وبولانجييه ٢٢٣١ .

(٤) بيدان ٣٦٥ - ميرل ١٤٦ - جوسران ٢٢٣١ - ١٤٥٦ - بلانيرول بيبير وسافاتييه ١١٠٠ .

(٥) وفي الأعمال التحضيرية لتقنين المدف الفرنسي قيل إن الغلط في القانون لا يجعل قابلاً للإبطال في الصلح وفي غيره من العقود (فنييه ١٥ ص ١٠٨) ، وهذا خطأ ظاهر الغلط في القانون يجعل في الأصل العقد قابلاً للإبطال كالغلط في الوقائع . وهناك تطبيقات =

بأن المتصلحين كانا وهما في معرض المناقشة في حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع ، بل المفروض أنها تثبتا من هذا الأمر ، لا يمنع من أنهما بالرغم من هذا التثبت يقعا في غلط في القانون . وإذا كان لابد من تعليل لهذا الحكم ، فالظاهر أن أقرب تعليل هو أن المتصلحين ، ما داما على بينة من الواقع ولم يقعا في غلط فيه ، إنما يتصلحان على حكم القانون في النزاع الذي بينهما . وسواء علما حكم القانون في هذا النزاع أو لم يعلماه ، فهما قد قبلا حكم النزاع بينهما على الوجه الذي اتفقا عليه مهما كان حكم القانون . فلو أن أحدهما كان في غلط في حكم القانون وتبين غلطه قبل أن يبرم الصلح ، لما منعه نيته للغلط من أن يمضي في الصلح الذي ارتضاه . هذا هو ما افترضه المشرع ، فجعل الغلط في القانون ليس بالغلط الجوهري في عقد الصلح ، وليس من شأنه إذا علمه من وقع فيه أن يمنع من التعاقد^(١) .

ويتوسع القضاء الفرنسي في استبعاد الغلط في القانون كسبب لإبطال الصلح . من ذلك أنه إذا اختلط الغلط في القانون بغلط في الواقع ، ومن ثم كان ينبغي أن يكون الغلط في الواقع كافيا وحده لإبطال الصلح ، فإن القضاء الفرنسي يستظهر الغلط في القانون ويعمله يجب الغلط في الواقع

= أخرى في الفقه التقليدي . منها أنه لا يجوز إبطال الصلح لغلط في القانون بموجب حكم في الوقت الذي أريد فيه بالصلح أن يقوم مقام الحكم (لا روميير م ١١١٠ فقرة ٢٦) . ومنها أنه أريد بالصلح حكم النزاع ، فلو أجزنا لإبطاله لغلط في القانون وهو أمر غرضي ، لا تنفع الباب واسما النزاع وهو ما أريد بالصلح أن يحسمه . ولكن يرد على هذه التعليلات بأنها لو كانت كلية ، لوجب أن يلقى الباب دون العلم في الصلح بأي غلط ، في القانون أو في الواقع ، وبلى وجه من وجوه البطلان الأخرى (بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٥٧) .

(١) أوبري ورو . وإسبان ٦ فقرة ٤٢٢ ص ٢٦٤ هامش ١-٣ - بوايه في الصلح ص ٧١ - أنسيكلوبي دي دالوز ه لفظ transaction فقرة ١٦١ - الأستاذ أكثم المحول فقرة ١١ ص ٢٣ .

إذا كان هذا الغلط غير مقترف ، ومن ثم لا يبطل الصلح إذ يقف عند الغلط في القانون وحده . فإذا اصططح شخصان في شأن سند باطل ، وكانا واقعين في غلط في الواقع وغلط في القانون ، في شأن هذا البطلان ، فإن الصلح مع ذلك لا يبطل للغلط إذا ظهر أنه كان ينبغي أن يدرك المتصلحان بطلان السند^(١) . وإذا غلط أحد المتصلحين في جنسية المتعاقد معه ، فاختلط الغلط في الواقع بالغلط في القانون ، لم يعتد القضاء الفرنسي بالغلط في الواقع ووقف عند الغلط في القانون فلا يبطل الصلح^(٢) . وينتقد بعض الفقهاء هذا التوسع ، ويدعبون إلى أنه لو أن القضاء فسر حكم الغلط في القانون تفسيراً ضيقاً كما ينبغي باعتباره استثناء من القواعد العامة ، ولم يجعله يجب الغلط في الواقع إذا خالطه ، لصعب في العمل أن يوجد غلط في القانون دون أن يخالطه غلط في الواقع ، ولضاعت دائرة الاستثناء إلى حد كبير^(٣) .

وقد سار القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق على أن الغلط في القانون لا يكون سبباً في إبطال عقد الصلح^(٤) . وأكد التقنين المدني الجديد هذا الحكم بنص صريح (م ٥٥٦ مدني السالفة الذكر) .

(١) نفس فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٨٦٥ دالوز ١٨٦٦ - ١ - ١٨٢ .

(٢) نفس فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ - ١ - ١٧ .

(٣) بلانفيول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٠ - الأستاذ أكرم الخولي فقرة ١٢ - ويذهب بعض الفقهاء ، في سبيل الإيمان من التضييق في هذا الاستثناء ، إلى أن الغلط في القانون إذا كان لا ينصب على ذات النزاع كما تصوره الطرفان ، فلا محل لحسمان من وقع فيه من التمسك به لإبطال الصلح . فإذا تنازع الواجب مع الموهوب له في جواز رجوع الواجب في جهة ، وحسم النزاع بالصلح ، ثم تبين أن الجهة باطلة لأنها جهة مكشوفة لم يحكم سترها بقصد آخر ، فالغلط في القانون هنا يكون سبباً في إبطال الصلح لأن هذا الصلح لم يحسم نزاعاً في هذه المسألة (بوابيه في الصلح ص ٧٢ - ص ٧٣ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٥ ص ٣٠ - ص ٣١ - الأستاذ أكرم الخولي فقرة ١٢ ص ٢٥) .

(٤) انظر ٦٥٧/٥٣٥ من التقنين المدني السابق في نفس الفقرة في اخرها - استئناف

خط ٢٤ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠ .

٣٦٤ - الغلط في الحساب : كانت المادة ٥٣٦ / ٦٥٨ من التقنين المدني السابق تنص على أنه « يجب تصحيح الغلط في أرقام الحساب » . ولم يحفظ التقنين المدني الجديد بهذا النص اكتفاء بالنص الوارد في القواعد العامة ، وهو نص المادة ١٢٣ مدني ويجرى على الوجه الآتي : « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ، ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » .

فإذا وقع في الصلح غلط في الحساب ، وكان هذا الغلط مشتركاً بين المتصلحين^(١) ، كأن اتفق المتصلحان على الأسس التي يقوم عليها الصلح وتطبيقاً لهذه الأسس وضعا الأرقام المتفق عليها ، ثم جمعت هذه الأرقام فوقع خطأ في الجمع ، فكان المجموع الخاطئ مثلاً مائتين وخمسين بدلاً من مائتين وثلاثين وهو المجموع الصحيح ، لم يميز لمن وقع في نصيبه هذا المبلغ أن يخرج بهذا الخطأ وأنه إنما رضى بالصلح على أساس أن نصيبه مائتان وخمسون . بل يجب تصحيح الخطأ ، فيكون نصيبه مائتين وثلاثين ، ولا يبطل الصلح لهذا الخطأ^(٢) .

(١) أما إذا انفرد بالغلط أحد المتصلحين وبنى قبوله للصلح على هذا الغلط ، مقدراً مزايها للصلح على أساس حسابه الخاطئ ، كان هذا غلطاً في الواقع إذا أتبعه من يدعي جاز له أن يطلب إبطال الصلح (بلانيوك وريبير وسافاتيه ١١ فقرة ١٦٠٥) .

(٢) ويشترط أن يكون الغلط المطلوب تصحيحه ظاهراً في الأرقام الثابتة في الكشف المختصة بالصلح ، أو أن تكون هذه الأرقام قد نقلت خطأ من ورقة أخرى متروكة بها ، أو غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . ومن ثم فطلب إعادة عمل حساب جديد من المقاولات موضوع النزاع لا يجوز لأن عمل المقاس والحساب النهائي من كل مقابلة من هذه المقاولات بعد إتمامها هو عمل متفق عليه في أصل عقودها . فإذا ما نفذ الاتفاق بسبل المقاس والحساب ضل ، ووقع عليه بالامتناع ، فقد انتقضت مسئولية كل مائدة ، وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين (نفس مدني ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ رقم ٥ ص ٢٦ - الأستاذ محمد علي حرمة ص ٤٢١ - ص ٤٢٢) .

وكالغلط في الحساب غلطات القلم ، فإذا ذكر في عقد الصلح اسم أحد المتصلحين وكان ظاهراً أن المقصود هو المتصالح الآخر وجب تصحيح هذا الخطأ ووضع الاسم الصحيح مكان الاسم الخاطئ ، ولا يبطل الصلح لهذا الغلط^(١) .

٣٦٥ - الغلط في الواقع : أما الغلط في الواقع في عقد الصلح فيخضع للقواعد العامة ، ويكون سبباً لإبطال الصلح إذا كان جوهرياً أى بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام الصلح ولولم يقع في هذا الغلط ، وكان التعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من المصل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ - م ١٢١ مدنى) .

فإذا تسبب شخص في إصابة شخص آخر ، وتصلح المضرور مع المسئول لزم مع شركة التأمين التى أمته ضد الإصابة أو مع شركة التأمين التى أمته المسئول إذا كان للمضرور دعوى مباشرة ضد هذه الشركة ، فقد يقع المضرور في غلط في جسامة الإصابة وقت الصلح ، فيرضى بمبلغ قليل من المال معتقداً أن الإصابة يسيرة ، ثم يتبين بعد ذلك أن الإصابة من الجسامة بحيث تركت عنده عاهة مستديمة مثلاً ، بل قد تفضى الإصابة إلى موته . ففى مثل هذه الأحوال يجوز للمضرور أو وارثه أن يطلب إبطال الصلح لغلط جوهري وقع فيه ، وهذا الغلط في محل التعاقد ، فقد تصلح على إصابة ظن أنها يسيرة فإذا بها بلغت من الجسامة حداً كبيراً . ويجب أن تكون هذه الجسامة قد تكشفت عن ضرر يختلف في طبيعته عن الضرر الذى كان موجوداً وقت الصلح كحدوث عاهة مستديمة أو موت المصاب ،

(١) بودى وقال ٢٤ فقرة ١٢٥٤ - أوبرى ورو وإسان ٦ فقرة ٤٢٢ ص ٢٦٧

وهامش رقم ١٠ - بلانويول وريبير وسافاثنيه ١١ فقرة ١٦٠٥ .

أما مجرد تفاقم الضرر الذى كان موجوداً وقت الصلح فلا يعدو أن ينتج غبناً والغبن لا يؤثر فى الصلح^(١) . وقد عمدت شركات التأمين ، توكيماً لإبطال الصلح ، أن تضع شروطاً تقضى بأن المضرور قد قبل الصلح على المبلغ الذى ارتضاه متنازلاً عن المطالبة بأى مبلغ إضافى عن أى ضرر آخر تتكشف عنه الإصابة فيما بعد . فأذعن القضاء الفرنسى لهذه الشروط ، وقضى بأن المضرور لا يستطيع معها أن يطلب إبطال الصلح للغلط^(٢) . ولكن الفقه ينتقد بحق هذا القضاء ، فتنازل المضرور عن المطالبة بأى تعويض إضافى لا يمنع من أن المضرور قد وقع فى غلط وقت هذا التنازل ، ولا يكتفى لافتراض إجازته لتسليح هذا الغلط أن يكون قد تنازل مقدماً عن أى تعويض إضافى فى ورقة مطبوعة قدمتها له شركة التأمين فوقها دون تدبر ، ولا تصح الإجازة الصادرة ممن وقع فى غلط قبل أن يكشف عن هذا الغلط^(٣) .

(١) استئناف مخطط ٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٧ - أوبرى ورو وإسبان ٦
فقرة ٤٢١ ص ٢٥٤ - بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٨٧ - بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة
١٦٠١ .

(٢) نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ١٨٩٢ - ١ - ١٥٠ - ٨ يناير
سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٦٠٦ - ٢٨ مايو سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ١٢٤ -
١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٣ - ١ - ٤٠٦ .

(٣) بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٦٠١ - وانظر عكس ذلك أنسيكلويدى
دالوز ، ٥ لفظ transaction فقرة ١٨٣ - الأستاذ أكرم الخول فقرة ١٤ - وقارن الأستاذ
محمود جمال الدين زكى ص ٢٠٢ المالحش رقم ٤ - ويلاحظ أن قانون إصابات العمل حدد فئات
لتعويض تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وهذا وإذا أفضت الإصابة
إلى موت المصاب ، فإن تنازله عن المطالبة بأى تعويض إضافى لا يسرى بملاعة على حق زوجته
وأولاده وأقاربه فى التعويض عما أصابهم من الضرر بسبب موته ، فإن هذا حقهم الشخصى
ولا يمكن أن يتناوله تنازل المضرور (بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٦٠١) .

٣٦٦ - استؤثر آخرى للفظ في الواقع : وقد كان المشروع التمهيلي للتفتين المذني الجديد يشتمل على مواد أربع هي تطبيقات للفظ في الواقع ، وقد حذفت كلها في لجنة المراجعة لأن أحكامها مستفادة من القواعد العامة .

فكانت المادة ٧٤٨ من المشروع التمهيلي تنص على أنه ١ - يكون الصلح قابلاً للبطلان ، إذا كان قد أبرم تنفيذاً لسند باطل ، وكان المتعاقد يجهل هذا البطلان بسبب غلط مادي . والفظ مفروض لصالح من يدهيه ، إلا إذا ثبت العكس إما من عبارات العقد ذاته أو من إقرار المدعي أو من تكوله عن اليمين . ٢ - أما إذا وقع الصلح صراحة على بطلان السند ذاته ، فإن العقد يكون صحيحاً . ويخلص من هذا النص أنه إذا تصالح شخص مع آخر على أساس سند باطل يتمسك به هذا الأخير - وصية عدل عنها الموصي مثلاً أو حق اختراع انقضت مدته فوقع في الملك العام - فإن المفروض أن الشخص الأول كان يجهل ببطلان السند ، ولو علمه لما أقدم على الصلح . فهو قد وقع في غلط جوهري ، إما في الشيء وإما في الباحث ، ومن ثم يجوز إبطال الصلح للخط^(١) . ولا يكلف إثبات غلظه ، لأن إقدامه على إبرام صلح أساسه سند باطل قرينة على أنه لا يعلم بالبطلان . ولا يستطيع الطرف الآخر أن يثبت علم الطرف الأول بالبطلان لينفع مطالبته بإياه بإبطال الصلح ، إلا بإقرار صادر من الطرف الأول أو يمين وجهت إليه فتكل أو بتليل داخلي من عبارات عقد الصلح ذاته . أما إذا كان بطلان السند هو ذاته عمل الصلح ، بأن كان أحد الطرفين

(١) لكن لو كان اعتقاده بصحة السند راجعاً إلى غلط في القانون ، فلا ينع هذا الخط ولا يجوز له طلب إبطال الصلح (بودري وقال ٢٤ ققرة ١٢٤٨ - بلانويول وديور وسالانتيه ١١ ققرة ١٦٠٢ - جوران ٢ ققرة ١٤٥٦ . قارن كولان وكاجان ٢ ققرة ١٢٨٢ . الوسط - ٢٥٠)

بتمسك بصحة السند والآخر يتمسك بيطالته ، فتصالحا ، فإن الصلح يكون صحيحاً^(١) . وما قلناه - فيما عدا حصر أدلة الإثبات - مستفاد من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المألوف^(٢) .

وكانت المادة ٧٤٩ من المشروع التمهيدي تنص على أن : يكون الصلح نابلاً للبطالان إذا بني على أوراق ثبت بعد ذلك أنها مزورة^(٣) . ذلك أن من قبل الصلح بناء على أوراق كان يعتقد وقت الصلح أنها صحيحة ، ثم تبين بعد ذلك أنها مزورة ، يكون قد وقع في غلط جوهرى في الشيء أو في الباعث كما في الحالة السابقة ، ومن ثم يجوز له إبطال الصلح للغلط^(٤) . بل يجوز له أن يطلب إبطال الصلح للتدليس إذا ثبت أن المتعاقدين الآخر هو الذى زور هذه الأوراق أو اشترك في تزويرها أو كان عالماً بهذا التزوير

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩ في المائش - بوهدى
وفد ٢٤ - ٢٤٧ - ١٢٤٨ - ١٢٤٨ مكررة . بلانول وريور وسالتييه ١١ - ١١٠٢ .

(٢) استئناف وطنى ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ ص ٦٣ - أسبوعاً
٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجلد ١١ ص ٩٦٨ . استئناف غلطة ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦
ص ٣٤٥ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٦ .

(٣) وجد في المادة ٧١٨ عراقى : « يكون الصلح موقوفاً : (٦) إذا بني على أوراق
ثبت بعد ذلك أنها مزورة . . . » .

(٤) وإذا تصالح شخصان على وصية وكان النزاع الذى حسبه بالصلح هو إبطال الوصية
لأنها اهتزت من الموصى من طريق الاستقلال ، فالصلح يكون مع ذلك قابلاً للإبطال إذا ثبت
بعد الصلح أن الوصية قائماً مزورة (بلانول وريور وسالتييه ١١ - ١١٠٣) . ولكن
إذا تصالح شخصان على ورقة ادعى أحدهما تزويرها ، وكان الصلح قائماً على هذا التزوير
فإنه لا يجوز بعد ذلك اللعن في الصلح يدعى ظهور أدلة جديدة على التزوير (استئناف
غلطة ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٨ ص ٢٦) .

وأعفاه عن المتناقد الآخر^(١) . وما قدمناه مستفاد أيضاً من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المحذوف^(٢) .

وكانت المادة ٧٥٠ من المشروع التمهيدى تنص على أن : يكون الصلح قابلاً للبطلان إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان للطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم^(٣) . ذلك أن الصلح إنما جعل لحسم النزاع ، والنزاع سبق حسمه بالحكم النهائى الذى صدر فيه^(٤) ، فوقع الطرف الذى يجهل ذلك فى غلط جوهرى فى الباعث ، ومن ثم جاز له أن يطلب لإبطال الصلح للغلط^(٥) . والأدق أن يقال فى هذا الصدد إن الصلح باطل ، وليس قابلاً للإبطال فحسب ، لأن أحد مقومات الصلح وهو النزاع قد انعدم ، فلا يكون الصلح قائماً^(٦) . وما قدمناه هنا أيضاً مستفاد من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المحذوف^(٧) .

وكانت المادة ٧٥١ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :

١٥ - إذا تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين بوجه عام ،

- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦٠ - ص ٤٦١ فى الملحق - بودى وقال ٢٤ فقرة ٢-١٢٤٩ - فقرة ١٢٥٠ - بلاترول وديوير وسالالبنيه ١١ فقرة ١٦٠٢ .
- (٢) استئناف وطنى ١٢ يوليه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ ص ٦٢ (وهو الحكم السابق لاشارة إليه) - استئناف غلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٦٥ ص ٢٦ .
- (٣) وجد فى المادة ٧١٨ عراق : يكون الصلح مورقاً . . (ب) إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان للطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم .
- (٤) وديوير الحكم نهائياً حتى لو كان قابلاً للتمن فيه بطريق غير احتياضى كالقضى والتماس إعادة النظر (بودى وقال ٢٤ فقرة ١٢٥١ ص ٦٦٩) .
- (٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦١ فى الملحق .
- (٦) النظر فى هذا المسئ بودى وقال ٢٤ فقرة ١٢٥١ - بلاترول وديوير وسالالبنيه ١١ فقرة ١٦٠١ ص ١٠٥٣ - وانظر أيضاً فقرة ٢٤٤ فى الملحق .
- (٧) استئناف غلط ١٧ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٣ - ١٠ يناير ١٩٢٥ م ٤٧ ص ١٠١ .

ثم ظهرت بعد ذلك أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح ، فلا يكون ذلك سبباً في بطلان العقد ، ما لم تكن هذه الأوراق قد أخفيت وكان ذلك بفعل أحد المتعاقدين . ٢ - أما إذا لم يتناول الصلح إلا نزاعاً معيناً ، وظهرت بعد ذلك أوراق تثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن له حق ما فيها يدعيه ، فإن الصلح يكون باطلاً^(١) . ففي القرض الأول ، حيث تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين ، قصد بالصلح تسوية الموقف بوجه عام ، فلا يكون ظهور أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح بغيره ، لأن الصلح إنما قصد به حسم جميع المنازعات المتعلقة بما ظهر من أوراق وما لم يظهر . ولكن إذا كانت

(١) وجاء في المادة ٧١٩ عراق : ١ - إذا تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين بوجه عام ، ثم ظهرت بعد ذلك مستندات كتابية لم تكن معروفة وقت الصلح تثبت أن أحد الطرفين كان غير حق فيما يدعيه ، فلا يكون العقد موقوفاً إلا إذا كانت هذه المستندات قد أخفيت بفعل أحد المتعاقدين . ٢ - أما إذا لم يتناول الصلح إلا نزاعاً معيناً ، وظهرت بعد ذلك مستندات كتابية تثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن له حق فيما يدعيه ، فإن الصلح يكون موقوفاً . ٣ - وإذا مر على ظهور المستندات المنوّه بها في البقريتين المتضمنتين ثلاثة أشهر ولم يتعرض ذو الشأن من المتعاقدين على الصلح الواقع ، كان الصلح نافذاً ، (انظر الأستاذ حسن القنون فقرة ٢٧٠) .

وجاء في المادة ١٠٤٧ لبناني : « يمكن الحكم في عقد المصالحة : أولاً - لوقوع الإكراه أو الكداح . ثانياً - لحدوث غلط مادي يقع على شخص للفرق الآخر أو على صفة أو على الشيء الذي كان موضوعاً للنزاع . ثالثاً - لفقْدان السبب متعاً تكون المصالحة واقعة : ١ - على منعه من زور . ٢ - أو على سبب غير موجود . ٣ - أو على قضية انتهت بصلح صحيح أو بحكم غير قابل للاستئناف ولا لإعادة المحاكمة ، وكان أحد الفريقين أو كليهما غير عالم بوجوده - ولا يجوز طلب الإبطال من أجل الأسباب المتقدم بيانها إلا للفريق الذي كان حسن النية » . وجاء في المادة ١٠٤٩ لبناني : « متعاً تقصد المصالحة بوجه عام على جميع الأمور التي كانت قائمة بين المتعاقدين ، لا يكون اكتشاف الاستناد التي كانوا يجهلونها وقت العقد ثم وثقوا عليها بعده ، سبباً لإبطال العقد ما لم يكن هناك خداع من الفريق الآخر . ولا تطبق هذه القاعدة على المصالحة التي مقدها وكيل فقه الأهلية وكان المانع إليها فقدان منعه وجه فيها به » .

الأوراق التي ظهرت فيها بعد قد أخفيت بفعل أحد المتعاقدين ، كان هذا تدليساً منه ، وجاز للمتعاقد الآخر أن يطلب إبطال الصلح للتدليس لا للخلط . وفي الفرض الثاني ، حيث تناول الصلح نزاعاً معيناً بالذات ، فإن المقصود من الصلح ليس تسوية الموقف بوجه عام بين الطرفين ، بل حسم هذا النزاع . فإذا ظهرت بعد الصلح أوراق تثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن له حق ما فيها يدعيه ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذه الأوراق ، فإنه يكون قد وقع في غلط جوهرى في الشيء أو في الباعث ، شأنه في ذلك شأن من قبل الصلح بناء على أوراق مزورة ، ومن ثم يجوز له إبطال الصلح للخلط . فإذا كان المتعاقد الآخر هو الذى أخفى هذه الأوراق أو اشترك في إخفائها ، جاز طلب إبطال الصلح للتدليس^(١) . وما قدمناه مستند أيضاً من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المألوف^(٢) .

٣٦٧ - حرمة تجزئة الصلح عند بطون - نص قانونى : وتنص
المادة ٥٥٧ من القانون المدني على ما يأتى : ١ - الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله . ٢ - على أن هذا الحكم لا يسرى إذا تبين من عبارات العقد ، أو من الظروف ، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض^(٣) .

(١) مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٤٦٢ في الملحق - بوردى وقال ٢٤قرة ١٢٥٢ - ١٢٥٣ - بلانول وروير وسلفته ١١ ققرة ١٦٠٤ .

(٢) استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحامية ٨ ص ١٨٣ - لسيوط الكلية ٤ مارس سنة ١٩٢٦ الحامية ٧ ص ٢٢٦ - استئناف مخطوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٢٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٥٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في القانون المدني الجديد ، وأقرته لجنة للرئاسة تحت رقم ٤٨٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٧ (مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٤٦٢ - ص ٤٦٥) .

وعدم تجزئة الصلح عند بطلانه ليس مقصوراً على البطلان بسبب الغلط ، بل هو يشمل جميع وجوه البطلان . فقد يكون الصلح قابلاً للإبطال لنقص الأهلية أو لتدليس أو للإكراه أو للاستغلال ، وقد يكون الصلح باطلا لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب . فأياً كان سبب الإبطال أو البطلان فإن الصلح إذا أبطل أو قضى يبطلانه^(١) ، وكان يشتمل على أكثر من أمر واحد ، فالأصل أن بطلان جزء منه يقتضى بطلان جميع الأجزاء^(٢) . ولكن هذه القاعدة ليست من النظام العام ،

= ولا مقابل النص في التفتين المذكور السابق ، ولكن الحكم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني المصري م ٢٥٠ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٥٠٦ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ٧٢٠ (مطابق) - وانظر الأستاذ حسن الخفون لقرة ٢٧١) .

تفتين الموجهات والقواعد البنائية م ١٠٥٠ : الصلح غير قابل لتجزئة ، فبطلان جزءه أو إبطاله يؤدي إلى بطلان العقد أو إبطاله كله . حل أن هذه القاعدة لا عمل لها : أولاً - عند ما يستفاد من عبارة العقد ومادة الاتفاق أن المتعاقدين يندرجون بنود العقد بطلان أقسام مستقلة ومنفصلة بعضها عن بعض . ثانياً - عندما يكون البطلان ناتجاً عن عدم أهلية أحد المتعاقدين ، في هذه الحالة الأخيرة لا يستلزم من البطلان إلا فسخ الأهلية الذي وضع البطلان كصلته ، ما لم يكن هناك نص صريح بخلافه . (وأحكام التفتين البنائي في مجموعها تتفق مع الأحكام التفتين المصري) .

(١) ويجوز طلب بطلان الصلح بغيره مستقلة . كما يجوز أن يكون ذلك بطريق الفسخ ، بأن يضمن بفسك بطلان الصلح للأمر ويرفع به دعوى ، فيرد الطرف الآخر حل هذه الدعوى جنسها بالصلح ، فيرفع الطرف الأول بطلان هذا الصلح . ويجوز أيضاً أن يصالح شخصان في الدعوى القائمة بينهما ، فيحصل شخص ثالث في الدعوى متسكاً ببطلان هذا الصلح لإسراؤه بحقوقه (انظر بلاويول وديور وسالفانيه ١١ لقرة ١٥٩٨ - الأستاذ عبد حل مرة ص ٤٢٥) .

(٢) وهذا بخلاف الحكم ذاته بجزءاً ، فيجوز مثلاً عند استثنائه أن يترد بحكمة الاستئناف جزءاً منه وتبقى جزءاً آخر . وتقول المادة ١٠٥١ لبنائى : « إن البطلان لو اخلل بوجاهة التفتين إلى الحالة القانونية نفسها التي كانوا عليها وقت العقد ، وبطلان لكل من التفتين معاً إلى استمرار ما أسفله لتفدية المصلحة مع استثناء الحقوق التي اكتسبها شخص ثالث حسن نية »

فيجوز أن تنجس نية المتعاقدين ، صراحة أو ضمناً ، إلى اعتبار أجزاء الصلح بعضها مستقلاً عن بعض ، فإذا بطل جزء منه ، بقيت الأجزاء الأخرى قائمة لأنها مستقلة عن الجزء الباطل ، وبذلك يتجزأ الصلح طبقاً لإرادة المتعاقدين^(١) .

فإذا تصالح شخص على أرض ومنزل ، ثم ظهر بعد ذلك أن هناك شهادات مزورة تتعلق بالأرض هي التي دفعت المتصالح إلى الصلح عليها ، بطل الصلح في الأرض والمنزل معاً ، إلا إذا تبين من عبارات الصلح أو من الظروف أن المتعاقدين قد توافقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض ، وأن الصلح قد تم على الأرض وعلى المنزل على أساس استغلال كل منهما في الآخر^(٢) .

وإذا تم الصلح بين عدة أطراف بينهم قاصر ، وطلب القاصر إبطال الصلح لنقص الأهلية فأبطل ، فإن الصلح يبطل أيضاً بالنسبة إلى من يلتزم من الرشد^(٣) ، ما لم يكن هؤلاء قد فصلوا أن يكون الصلح بالنسبة

= يورج تالون ومقابل حوش . وإذا أصبح استهلاك الحق المتنازل عنه غير ممكن ، فنسرد قيمة هذا الحق .

(١) استئناف مخطوط ٢٢ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٤٥ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٥ ص ١٤٢ - يوردي وقال ٢٤ فترة ١٢٨٠ - فترة ١٢٨١ - بلانكوك وريير وسافلييه ١١ فترة ١٥٩٧ - الأستاذ محمد حل مرقعة ص ٤٢٢ - ص ٤٢٥ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فترة ١٨ - الأستاذ آثم تلموك فترة ٢٣ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيد في مجموعة الأعمال الصغيرة ٤ ص ٤٦٥ .

(٣) ولكن نقص الأهلية وحده هو الذي يجوز له أن يحسك بالباطل ، فإذا لم يحسك به يتم الصلح لاأماً بالنسبة إلى البالغ . أما إذا تمسك به فالبطل بالنسبة إليه ، ذلك يبطل أيضاً بالنسبة إلى الباقي (يوردي وقال ٢٤ فترة ١٢٨٢ - الأستاذ محمد حل مرقعة ص ٤٢٢) . ويكون هذا استثناء من قاعدة نichtigkeit الأحكام على من كان طرفاً فيها ، لأن طه هي التي يجب

إلهم مستقلاً عنه . بالنسبة إلى القاصر ، فيسقط الصلح بالنسبة إلى القاصر
ويبقى قائماً بالنسبة إليهم . فإذا أصيب ثلاثة في حادثة واحدة ، وكان
أحدهم قاصراً ، وتصلح الثلاثة مع المستول على مبلغ معين يتقاسمونه
بالتساوي ، ثم طلب القاصر إبطال الصلح ، أبطل بالنسبة إليه وحده ،
ويبقى قائماً بالنسبة إلى الاثنين الآخرين ، لأن الظروف يستخلص منها أن
صلح هذين الاثنين ليس مرتبطاً بصلح القاصر (١) :

= الطليعة لعدم التجزئة (أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٠٥ - بلانيول وريير وسالتييه
١١ ص ١٠٥١ حاشي رقم ١ - عكس ذلك بودري وقال ٢٤ فقرة ١٢٨٢) . ويجوز أن يكون
الصلح على منازعات متعددة ويقود مستقلة وحدة متكاملة فيحكم بإبطالها جميعاً إذا أبطل أحدها
(أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٠٦ - بلانيول وريير وسالتييه ١١ فقرة ١٥٩٧
ص ١٠٥١ - الأستاذ محمد علي حرفة ص ٤٢٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بتجزئة الصلح المقودين جالب متعدد الأطراف إليهم قصر
وبين شخص آخر في دعوى تزوير عقد موصوفه ملكية قطعة أرض ملوكة للجانب الأول على
الشيوخ ، ولم يجر المجلس المحسبي الصلح بالنسبة إلى القاصر . فأبقت محكمة النقض الصلح قائماً
بالنسبة إلى غير القاصر « لأن الصلح صحيح بالنسبة إليهم من جهة ، ومن جهة أخرى فإن التجزئة
في الحقوق المالية أمر جائز ولا يحول سائل دون حصوله ، إذ من الجائز في عقد واحد
مطلوب فيه بالتزوير أن يتصلح بعض ذوي الشأن فيه ويظل الباقيون متمسكين بمصلحتهم عليه ،
ثم يقضى بإبطاله . ومثل هذا القضاء غير مؤثر في الصلح كلاً ثم ، والقول بغير ذلك يتعارض
مع القناعة التي تقصر حجية الأحكام على من كان طرفاً فيها » (نقض مدق ٢٠ مايو سنة ١٩٤٢
بمصر مرة ٤ رقم ١٦٤) ، وللتأخر من ظروف القضية أنه انتفع من لية المهرث الأول أنه
يجزى الصلح ، فلذا أبطل بالنسبة إلى القاصر بقاء قائماً بالنسبة إلى غير القاصر (انظر عكس
ذلك الأستاذ محمد علي حرفة ص ٤٢٣ - ص ٤٢٤ وهو يتخذ حكم محكمة النقض ويذهب إلى عدم
جواز تجزئة الصلح في هذه القضية ، وانظر أيضاً الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ٢٨
حاشي رقم ٢) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الصلح شاملاً لعدة منازعات ، وكان باطلاً بالنسبة
إلى إحداها (لجنة مع قاصر) ، فهذا لا يؤثر في صحة النسبة إلى باقي المنازعات مادام لم يصح
في الصلح على تعليق لثلاثة على نقض النسبة (١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الجلسة ٨ رقم ١٣٦
ص ١٨٢) .

وإذا تم الصلح بين الجاني والمجنى عليه على مبلغ معين من المال يعطيه الأول للثاني في مقابل أن ينزل المجنى عليه عن الدعوى الجنائية والدعوى المدنية ، وكان المقصود من الصلح ربط الدعويين إحداهما بالأخرى والزول عنهما معاً ، كان المصلح باطلاً فيما يتعلق بالدعوى الجنائية لمخالفته للنظام العام ، ويسقط أيضاً فيما يتعلق بالدعوى المدنية لارتباط هذا الجزء بالجزء الأول . أما إذا تبين أن قصد الطرفين لم يكن ربط الدعويين إحداهما بالأخرى ، وأن جزءاً معيناً من المال خصص للزول عن الدعوى المدنية مستقلة عن الدعوى الجنائية ، بطل الصلح فيما يتعلق بالدعوى الجنائية ، وبقي قائماً فيما يتعلق بالدعوى المدنية^(١) .

= وانظر أيضاً : نفس ملف ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٨ ص ٣٨٢ (صلح فيه بلغ وقصر ، وصدق المجلس المحسبي ولم تعلن وزارة العدل بالاستئناف ، ولكنها اعترضت وسلم المتصالح الآخر بدم سريان الصلح على القصر ، فتميز الصلح : بطل في حق القصر وبقي قائماً في حق البالغ) .

(١) انظر في عدم تجزئة الصلح^٢ في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٥٧ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٢ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢ - ٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ - وقارن استئناف مخطط ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١١٢ - الإكسكتورية للوطنية ١٤ يناير سنة ١٩٣٩ الحامدة ٢١ ص ٧٦٢ (اسطح شخصان على أن أحدهما ينزل من جزء من الثمن ويقسط الباقي على خمس سنوات في نظير أن الآخر لا يبيع خلاله بيورصة الإسكتدية إلا بوساطة الأول ، قضت المحكمة بإطلاق التزام الآخر ثمالة طرية المتجارة ، ومع ذلك أبقت الصلح في بقية ، مع أن عدم التجزئة هنا ظهير : انظر الأستاذ صمود جمال الدين زكي ص ٣٨ طبع رقم ٢) .

الفرع الثاني

المحل والسبب في عقد الصلح

المبحث الأول

المحل في عقد الصلح

٣٦٨ - وجوب توافر الشروط العامة في المحل - نص قانوني :

الصلح كما قلنا هو حسم نزاع عن طريق التضحية من الجانبين كل بجزء من ادعائه . فيكون محل الصلح إذن هو هذا الحق المتنازع فيه ، ونزول كل من الطرفين عن جزء مما يدعيه في هذا الحق . وقد يختص ، بموجب الصلح ، أحد الطرفين بكل الحق في مقابل مال يؤديه للطرف الآخر ، ويكون هذا المال هو بدل الصلح^(١) ، فيدخل بدل الصلح ليكون هو أيضاً محل الصلح .

وأياً كان محل الصلح ، فإنه يجب أن تتوافر فيه الشروط التي يجب توافرها في المحل بوجه عام . فيجب أن يكون موجوداً ، ممكناً ، معيناً أو قابلاً للتعيين^(٢) . ويجب بوجه خاص أن يكون مشروعاً ، فلا يجوز أن يكون مخالفاً للنظام العام . وتنص المادة ٥٥١ من القانون المدني في هذا الصدد على ما يأتي : « لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية

(١) انظر كذلك فقرة ٣٤٦ في المباحث .

(٢) ويصح الصلح على الحقوق المستقبلية إلا في الشركات المستقبلية ، وعلى الحقوق الملققة

على شرط وعلى الحقوق الاحتمالية (لوران ٢٨ فقرة ٣٥٣ - جهور فقرة ٦٢ - بودريولان ٢٤ فقرة ١٢٧٧ - الأستاذ محمد علي عرفة ص ٣٩٠) . ويجب أن يكون محل الصلح ممكناً ، فلا تصالح شركة على أن يتسبوا الأعيان الثلاثة بينهم دون أن يذكروا الكيفية التي تم بها التمسك ، كان الصلح بالطلاق (استئناف وعلى ١٢ يناير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ١٤٨) .

لأن النظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي ترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٣٩ من المشروع اتصلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدف المجدد . وقررت لجنة المراجعة تحت رقم ٥٧٩ في المشروع قبلي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس المشروع تحت رقم ٥٥١ (مجموعة الأعمال التصديرية ٤ من ٤٤٤ وص ٤٤٦) .

ويقابل النص في التفتين المدف السابق م ٦٥٤/٥٣٢ : لا يجوز صلح في المسائل المتعلقة بالنسب أو بالنظام العام ، ولكن يجوز صلح في الحقوق المالية التي تنشأ من مسائل النسب أو من البضع المخلصة بالنظام العام . (أحكام التفتين السابق تنطق مع أحكام التفتين المجدد) .
ويقابل في التفتينات المدنية لقرية الأخرى :

التفتين المدف القسري م ٥١٩ (مطابق) .

التفتين المدف العيني م ٥٥٠ (مطابق) .

التفتين المدف المراق م ٧٠٤ : ١ - يشترط أن يكون للمصالح مع ما يجوز أخذ البذل في مطالبته ، ويشترط أن يكون معلوماً إن كان ما يحتاج إلى القبض والتسليم . ٢ - ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي ترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم .

م ٧٠٥ : يشترط أن يكون بدل الصلح مالا مملوكاً للمصالح ، وأن يكون معلوماً إن كان ما يحتاج إلى القبض والتسليم .

م ٧٠٦ : يصح الصلح من الحقوق التي أثر بها المدعي عليه أو التي أذكرها لو التي لم يدهنها إقراراً ولا إنكاراً .

(أحكام التفتين المراق في مجموعها تنطق مع أحكام التفتين المصري - انتظر الأسطى حسن الفنون ص ٢٥٤ - ص ٢٥٩) .

تفتين الموجبات والنفود البتاني م ١٠٣٧ : لا تجوز المصالحة على الأمور المختصة بالأحوال الشخصية أو النظام العام ولا على الحقوق الشخصية التي لا تعد مالا بين الناس . وإنما تجوز على مصلحة مالية ناشئة عن أمر يتعلق بالأحوال الشخصية لمرء إحدى الجرائم .

م ١٠٣٨ : يجوز للرفيقين أن يصالحا على حقوق لرفيقه ، وإن كانت في ماله غير مطروحة لهما .

م ١٠٣٩ : لا تجوز المصالحة على حق العلم ، ولكنها تجوز على كلفة أحد العلم أو كلفة لإهداء الأساطل المستعقة .

٣٦٩ - بطوره الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية :

الحالة الشخصية للإنسان من النظام العام ، فليس لأحد باتفاق خاص أن يعدل من أحكامها . وكذلك الأهلية من النظام العام ، وقد نصت المادة ١٤٨ مدني على أنه « ليس لأحد الزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالأهلية . فلا يجوز أن يتصالح شخص مع آخر على بنوته منه بنى أو بإثبات ، أو على صحة الزواج أو بطلانه ، أو على الإقرار بالجنسية أو نفيها ، أو على تعديل أحكام الولاية والوصاية والقوامة ، أو على حق الحضانة . كما لا يجوز الصلح على الأهلية ، ومن كان غير أهل لا يجوز له أن يتصالح غيره على أنه أهل ، أو كان أهلاً لا يجوز له بالصلح الزول عن أهليته ، ولا يجوز الاتفاق صلحاً على التعديل من أحكام الأهلية .

ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التي تترتب على الحالة الشخصية^(١) . فيجوز للمطلقة أن تنزل عن مؤخر صداقها وعن نفقة العدة . ويجوز لمن له حق النفقة على غيره أن ينزل عما يستحقه من نفقة مدة معينة^(٢) ، لا أن ينزل عن حق النفقة ذاته . ويجوز للوارث أن

١ - ١٠٤٠ م : يجوز للمصالحة على الحقوق الإرثية المكتسبة مقابل بدل يكون أقل من الحصة الشرعية المقررة في القانون ، بشرط أن يكون ذوو العلاقة ملزمين بمقتضى القرعة .

(وأحكام المقتضى السابق تنطبق في مجموعها مع أحكام المقتضى المصري) .

(١) استئناف غلط ٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ .

(٢) لوبري دور ولهبان ٦قرة ٤٢٠ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٢ - ويجوز له أيضاً أن يخطئ نفقة المسجلة .

يتخارج مع بقية الورقة على نصيبه في الميراث ، لا أن يصالح على صفته كوارث^(١) .

ويموز الصلح كذلك على المصالح المالية التي ترتب على الأهلية . فيجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يصالح من تعاقد معه وهو قاصر على إجازة العقد بشروط معينة .

٣٧٠ - **بطونه الصلح على الجرم** : وإذا ارتكب شخص جريمة ، فلا يجوز له أن يصالح عليها^(٢) ، لا مع النيابة العامة ولا مع المجني عليه^(٣) ،

(١) فلذا اتفق من يعنى التسب مع الورقة على أن يترد من دعوى ثبوت التسب وعن حقه في الميراث في مقابل مبلغ معين ، كان هذا الصلح باطلا في مجمله ، لأن الصلح على النزول عن دعوى ثبوت التسب باطل ، والصلح على الميراث مرتبط به ، فيبطل الصلح كله لعدم التجزئة . ويكون الحكم كذلك حتى لو حدد مبلغ مستقل لكل من دعوى ثبوت التسب وحق الميراث ، لأن إصلح المسألتين في عقد واحد يكشف عن نية المصالحين في ربطهما إحكاما بالأمرى (لوران ٢٨ فقرة ٣٥٧ - جيوار فقرة ٧١ وقرة ٧٦ - بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٧٣ - الأستاذ الأستاذ محمد حل مرة ص ٢٩٤) . فلذا تصالح الشخص على حقه في الميراث وحده دون أن يربط ذلك بمسألة التسب ، كان الصلح صحيحاً ، ولا يمنع ذلك أن يعود من تصالح به إلى إنكار نسبه وإلى مطالبه بإثباته إذا جدت ظروف تستلزم ذلك (الأستاذ محمد حل مرة ص ٢٩٤) . أما إذا تبين أن الصلح كان قائماً في أصله على نزول الشخص عن دعوى التسب ، وأنه التقى لفكرة مع الآخر على هذا الأساس ، كان الصلح باطلا ولو لم يذكر ذلك في العقد (بلازول وديوير وسالفيتيه ١١ فقرة ١٥٧٦) .

(٢) إلا في بعض الحالات ، وقد نصت المادة ١٩ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه يجوز للصلح في مواد الخلافات إذا لم ينص القانون فيها على عقوبة الحبس بطريق الوجوب أو على الحكم بشيء آخر غير القراءة أو الحبس . ويجب على محرر المحضر أن يقرض الصلح على اللطم ويثبت ذلك في المحضر . وإذا لم يكن المتهم قد سئل في المحضر ، وجب أن يعرض عليه الصلح بإعطاء دس .

(٣) وكما أن النيابة العامة لا تصالح بالصلح ، فهي كذلك لا تستفيد به ، فلا تستخلص من تصالح المتهم مع المجني عليه أن هذا إقرار به بالجريمة ، فقد يكون انتفع إلى ذلك خوف التشهير أو حبا للزواج ، ويترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع (الأستاذ محمد حل مرة ص ٢٩٤) .

لأن الدعوى الجنائية من حق المجتمع وهي من النظام العام فلا يجوز الصلح عليها^(١) .

ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التي تنشأ من ارتكاب الجريمة ، فيجوز الصلح على حق التعويض المدني . فإذا تصالح من ارتكب الجريمة مع المني عليه على التعويض عن الضرر الذي أصاب الثاني ، لم يكن لهذا أن يطالب بالتعويض بعد هذا الصلح ، ولم يجر له أن يدهى مدياً في الدعوى الجنائية المرفوعة على من ارتكب الجريمة ، ولا أن يرفع دعوى مدنية مستقلة بالتعويض^(٢) .

ولكن إذا اتفق شخص مع آخر على أن يسحب شكوى جنائية قدمها ضده في مقابل مبلغ من المال ، لم يكن هذا صلحاً على التعويض المدني . بل صلحاً على حق الشكوى الجنائية ، وهذا الحق يدخل ضمن الدعوى الجنائية ، فيكون الصلح باطلاً^(٣) . كذلك الصلح بين الدائن والمدين المجهوز عليه بعد تبديد المتعولات المجهوز عليها لا أثر له في الدعوى الجنائية الناشئة عن التبديد ، وإنما أثره مقصور على العلاقة المدنية ما بين الدائن والمدين^(٤) .

وإذا جاز الصلح بين المسؤول والمني عليه على التعويض المدني ، فإنه لا يجوز الصلح فيما بين المسؤولين المتعددين على تحديد مسئولية كل منهم في مواجهة المني عليه ، فتحديد هذه المسئولية من النظام العام ولا يجوز الصلح عليها^(٥) .

(١) استئناف مخطوط ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٥ - بودي وقال ٢٤ ققرة

١٢٦٢ .

(٢) بلائيول وريير وسلفتيه ١١ ققرة ١٥٧٧ .

(٣) بودي وقال ٢٤ ققرة ١٢٦٢ .

(٤) استئناف مخطوط ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٣٢٤ .

(٥) بلائيول وريير وسلفتيه ١١ ققرة ١٥٧٧ .

٣٧١ - بطوره الصلح على مسائل أخرى من النظام العام :
ولا يجوز الصلح على الضرائب والرسوم المستحقة إذا كان الحق في تحصيلها
مقررأ بصفة نهائية وليس محلاً للزراع ، وإنما يجوز الاتفاق على تسسيطها^(١) .
أما إذا كان الحق ذاته محلاً للزراع ، جاز الصلح ، فيجوز الصلح على
الرسوم الاختيارية التي تحصلها المجالس البلدية^(٢) .
ولا يجوز الصلح على الأحكام المتعلقة بإيجار الأماكن ، فلا يجوز أن
يقتضى المستأجر مع المؤجر صلحاً على أن يدفع له أجره أكثر من الحد
الأقصى المقرر قانوناً للأماكن ، وله أن يسرد ما دفعه زائلاً . ولا يجوز
الصلح على المسائل المتعلقة بقانون الإصلاح الزراعى فيما يتعلق بتعيين الحد
الأقصى لأجرة الأراضى الزراعية .

ولا يجوز الصلح على أحكام القانون المتعلق بإصابات العمل . فإذا
أصيب عامل واستحق تعويضاً بناء على هذا القانون ، لم يجر الصلح على
هذا الحق إذ يعتبر من النظام العام . كذلك لا يجوز الصلح في كثير من
المسائل المتعلقة بمقد العمل القوي ، وهى المسائل التي تعتبر من النظام العام .
ولا يجوز الصلح على الفوائد الربوية ، فإذا تعاضل المدين مع الدائن على
أن يدفع له فوائد أكثر من الحد الأقصى المسموح به ، كان هذا الصلح
باطلاً ، وجاز للمدين أن يسرد ما دفعه زائلاً^(٣) .

(١) ويقتضى هذا التقيد على عدم جواز الصلح على الضرائب ، ويبيرون بين التزام
الدول بدفع الضريبة وطناً لا يجوز الصلح عليه ، وبين المبالغ المصق عليه فيها كضرائب
وطناً كضرائب الجيوب . يجوز الصلح عليها (يوردى وقال ٢٤ ققرة ١٢٦٥ - وقارب بطلاير
ودوير وسفانتيه ١١ ققرة ١٥٧٨) .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٠٠ - الاستئناف على حرة
ص ٣٩٠ طاس رقم ٤ .

(٣) استئناف وطنى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ الحاملة ٢ رقم ٨٢ ص ٢٦٤ - استئناف
مخطط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ٦٠ ص ١٨٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٣٧ .

ولا يجوز الصلح على الأموال العامة للدولة ، فهذه تخرج من التعامل^(١) .

ولا يجوز الصلح على بطلان التصرفات الراجع إلى النظام العام ، فلا يجوز الصلح على دين قار أو دين سيه مخالف للأداب أو تعامل في تركة مستبلة . ولكن يجوز الصلح على إجازة عقد قابل للإبطال كما قلنا .

المبحث الثاني

السبب في عقد الصلح

٣٧٣ - **السبب بالمعنى التقليدي** : يذهب أنصار النظرية التقليدية في السبب إلى أن السبب في عقد الصلح هو الفرض المباشر الذي من أجله ألزم المدين ، فيكون سبب التزام كل متصالح هو نزول المتصالح الآخر من جزء من ادعائه . وعلى هذا الوجه يحتل السبب بالحل في عقد الصلح اختلاطاً تاماً^(٢) .

ومن الفقهاء من يجعل السبب في عقد الصلح هو حسم نزاع قائم أو محتمل ، فإذا لم يكن هناك نزاع ، أو كان النزاع قد حسمه حكم نهائي ، فالصلح يكون باطلاً لانتفاء السبب^(٣) . ويعتبر هؤلاء الفقهاء

(١) وإننا آجبر ناطر الوقت عين للوقت بين فاشي ، فالإيجار باطل ، والصلح على هذا الإيجار الباطل باطل كله (استئناف غلط ١٧ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٢) . ولا يجوز لناطر الوقت الصلح على حبة الوقت ذاتها (استئناف غلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ١٢) .

(٢) الأستاذ محمد عل مرة ص ٣٩٥ - ص ٣٩٧ - وقارن الأستاذ محمود جاك الدين ذكرى فقرة ١٧ .

(٣) انظر في هذا المعنى كاتيتان في السبب ص ٥٣ هامش رقم ١ وقرة ١٠٥ - بودي وقال ٢٤ فقرة ١٢٥٩ - بلازيون وديجر وبولانجي ٢ فقرة ٣٠١ .

وجود النزاع هو السبب الفنى للصالح ، يميزه عن غيره من العقود^(١) . ونحن نرى أن وجود نزاع بين المتصالحين هو من مقومات الصالح وليس سبباً له ، فالصالح لا يقع إلا على نزاع قائم أو محتمل وإلا لم يكن العقد صالحاً . ومن ثم يكون النزاع محلاً لعقد الصالح لا سبباً له ، والأدق أن يقال إن محل الصالح هو الحق المتنازع فيه^(٢) .

٣٧٣ - السبب بالمعنى المبرئ : والصحيح في نظرنا أن السبب في عقد الصالح هو السبب الذى تقول به النظرية الحديثة ، وهو الباعث الدافع للمتصالحين على إبرام الصالح .

فهناك من يدفعه إلى الصالح خشية أن يخسر دعواه ، أو عزوفه عن التقاضى بما يستتبع من إجراءات طويلة ومصروفات كثيرة ، أو خوفه من العلانية والتشهير . وهناك من يكون الدافع له على الصالح الإبقاء على صلة الرحم ، أو على صداقة قديمة ، أو الحرص على استبقاء عميل له مصلحة في استبقائه . وكل هذه بواعث مشروعة ، فالصالح الذى يكون سببه باعثاً من هذه البواعث يكون مشروعاً .

أما الصالح الذى يكون الدافع إليه سبباً غير مشروع ، فإنه يكون

(١) يرايه في الصالح ص ١٢٠ - الأستاذ آثم الخول فقرة ٢١ - وقد جمع بعض الفقهاء بين الرأين ، فجعل للصالح سبباً مزدوجاً ، هو قيام النزاع والتزام المتصالحين بالنزول من جهة من ادعاه - ودفع آخرون إلى أن السبب في الصالح مركب من عناصر ثلاثة : التزام المتصالح بالنزول من جهة من ادعاه ، وإرادة الطرفين المشتركة في وضع حد للنزاع ، والباعث الذى دفع كلا منهما إلى الصالح (فرديسكو في النقط في الصالح ص ١٧ - ص ١٩ - وانظر مرشاً هذه النظريات المتطرفة في يرايه في الصالح ص ١١٥ - ص ١١٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٦٨ .

بأطلا ، ومن ثم إذا صالح شخص امرأة للمحافظة على علاقة بها آتمة ،
أو صالح شخص آخر على نزاع متعلق بإيجار دار حتى يتمكن من إدارتها
للمهارة ، أو حتى يتمكن من إدارتها للمقامرة ، فكل هذه البواعث غير
مشروعة ؛ ومتى كان الطرف الآخر على علم بها فإن الصلح يكون بأطلا
لعدم مشروعية السبب^(١) .

(١) استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٦٦ ص ٧٦ - الأستاذ محمود جمال الدين
ذكرى فقرة ١٧ ص ٣٥ ص ٣٦ - الأستاذ أكرم التولى فقرة ٢٢ .

الفصل الثاني

آثار الصلح

٣٧٤ - الصلح بحسم النزاع ولا أثر لكشف نسي : أثر الصلح هو حسم النزاع الذي وقع عليه . والصلح في الأصل يكشف عن الحقوق لا ينشئها ، وأثره نسي بالنسبة إلى الأشخاص وبالنسبة إلى السبب .
فتكلم في موضوعين : (١) حسم النزاع . (٢) الأثر الكاشف والأثر النسي .

الفرع الأول

حسم النزاع

٣٧٥ - كيف ينحسم النزاع بالصلح وطرق الإلزام بما تم الصلح عليه : إذا أبرم صلح بين طرفين ، فإن هذا الصلح يحسم النزاع بينهما عن طريق انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين . ويستطيع كل من الطرفين أن يلزم الآخر بما تم عليه الصلح ، أو يطلب فسخ الصلح إذا لم يقم الطرف الآخر بما التزم به .
فنبحث إذن مسألتين : (١) كيف ينحسم النزاع بالصلح . (٢) طرق الإلزام بالصلح .

المبحث الأول

كيف يحسم النزاع بالصلح

٣٧٦ - انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين

مع تفسير التنازل تفسيراً ضيقاً : ينحصر النزاع بالصلح بأن تنطفيء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين ، على أن يفسر هذا التنازل تفسيراً ضيقاً .

المطلب الأول

انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين

٣٧٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٥٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - تحسم بالصلح المنازعات التي تناولها .

٢ - ويرتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من

المتنازعين لزولاً نهائياً ^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن النص ليس

إلا تطبيقاً لمقتضى عقد الصلح .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٥٢١ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٥٢ - وفي التقنين المدني العراقي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٤٢ من المشروع التمهيدي حل وجه

موافق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٨١ في المشروع

النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٣ (مجموعة الأعمال التصديرية

٤ ص ٤٤٩ - ص ٤٥١) .

م ٧١٢ - ٧١٥ - وفي تقنين الموجبات والقيود البنائي م ١٠٤٢^(١) .
ويقين من النص السالف الذكر أن الصلح له أثران : (١) انقضاء
ما نزل عنه كل من المتصلحين من ادعاءاته . (٢) ويترتب على انقضاء
ادعاء كل منهما أن يخلص للطرف الآخر ما نزل عنه الطرف الأول .
فللصلح إذن أثر انقضاء وأثر تثبيت^(٢) .

(١) التقنينات المدفوعة العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٢١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٥٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٧١٢ : إذا تم الصلح ، فلا يجوز لأحد من المتصلحين الرجوع
فيه . وبذلك المضي بالصلح بدله وتسقط دعواه .

م ٧١٣ : إذا كان بدل الصلح ما يمين بالتعيين ، فاستحق أو حلك كله أو بفضه قبل تسليمه للمضي أو
استحق كله أو بفضه بعد تسليمه للمضي ، فإن كان الصلح عن إقرار يرجع للمضي على المضي عليه للمضي
به كلا أو بفضاً ، وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت يرجع للمضي إلى دعواه بذلك المقدار .
م ٧١٤ : إذا وقع الصلح عن إقرار على مال معين عن دعوى عين معينة ، واستحق المصالح
عنه كله أو بفضه بالينة ، يتردد من بدل الصلح الذي قبضه المضي مقدار ما أخذ بالاستحقاق
من المضي عليه .

م ٧١٥ : ١ - إذا وقع الصلح عن إنكار على مال معين عن دعوى عين معينة ، واستحق
المصالح عنه كله أو بفضه بالينة ، يرجع المضي عليه بمقابلته من الموضع على المضي ، ويرجع
المضي بالخصومة فيه والدعوى على المستحق . ٢ - وإذا ادعى شخص حقاً في عين معينة لم يبيته
فصولح عن ذلك ، ثم استحق بعض العين ، فلا يستحق المضي عليه شيئاً من الموضع . وإن
استحققت العين كلها بالينة ، استرد الموضع كله .

(وهذه الأحكام مستمدة من الفقه الإسلامي ، انظر الأستاذ حسن الخيون فقرة ٢٦١ -

فقرة ٢٦٥) .

تقنين الموجبات والقيود البنائي م ١٠٤٢ : من شأن الصلح أن يسقط كل وجه يات
الحقوق والمطالب التي جرت عليها المصالحة ، وأن يؤمن لكل من الطرفين ملكية الأشياء التي
سلحها إليه الفريق الآخر أو الحقوق التي اعترف له بها . إن المصالحة على دين مقابل دفع قسم
من القيمة المستحقة تسقط القسم الباقي من الدين وتبريء ذمة المدينين .
(وأحكام التقنين البنائي تنفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ، ص ٤٥٠ -

٣٧٨ - **أمر الوقف** : إذا تنازع شخصان على ملكية دار وأرض مثلا ، ثم تصالحا على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر ، فهذا الصلح عقد ملزم للجانبين . يلزم من خلصت له الدار أن ينزل عن ادعائه في ملكية الأرض ، ويلزم من خلصت له الأرض أن ينزل عن ادعائه في ملكية الدار .

فلا يجوز لمن خلصت له الدار أن يعود من جديد يتنازع الطرف الآخر في ملكية الأرض ، وإذا عاد إلى هذا النزاع جاز للطرف الآخر أن يدفع بالصلح أو أن يطلب فسخه على النحو الذي سنراه . كذلك لا يجوز لمن خلصت له الأرض أن يتنازع الطرف الآخر في ملكية الدار ، وإلا دفع هذا بالصلح أو طلب فسخه^(١) :

٣٧٩ - **أمر التثبيت** : وفي المثل المتقدم للصلح أثر تثبيت كما له أثر انقضاء ، والأثر الأول يترتب حتا على الأثر الثاني .

فمن خلصت له الدار قد تثبتت ملكيته فيها ، إذ نزل الطرف الأول عن ادعائه لهذه الملكية .

ومن خلصت له الأرض قد تثبتت ملكيته فيها هو أيضاً ، إذ نزل الطرف الآخر عن ادعائه للملكية .

وسرى أن أثر التثبيت هذا أثر كاشف ، فلا يعتبر الصلح قد نقل ملكية الدار لمن خلصت له ، ولا ملكية الأرض لمن اختص بها^(٢) .

(١) وليس لأي من المتصالحين أن يعدل من الصلح ، إلا إذا اتفق مع المتصالح الآخر على ذلك (استئناف وطني ٢٢ يونيو سنة ١٩١٥ التبرائع ٢ رقم ٣٣٩ من ٣١٠) .

(٢) ومن ثم فالصلح يقطع التقادم المكسب ، فلذا وضع أحد المتصالحين يده على أرض ثم نزل منها صلحاً لخصه فقد قطع التقادم . وكذلك يقطع الصلح التقادم المستقطب فلذا مضى -

وسرى أيضاً أن التثبيت له أثر نسبي ، فهو مقصور على المثل الذي وقع عليه ، وعلى الطرفين اللذين وقع بينهما ، وعلى السبب الذي وقع من أجله ؛

المطلب الثاني

تفسير التنازل تفسيراً ضيقاً

٣٨٠ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٥٥٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً ، وأياً كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التي كانت وحدها بصفة جلية عملاً للزراع الذي حسمه الصلح »^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٦٥٦/٥٣٤^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥٢٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٥٤ - ولا مقابل له في التقنين المدني

على الدين عشر سنين مثلاً وسلم به المدين للدائن صلحاً فقد قطع التقادم . انظر استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٧ - ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٢ .

ويقطع الصلح مدة انقضاء الخصومة (استئناف مخطط ٢٤ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٣ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٣٢ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٤ م ٢٦ ص ٣٧٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٤٦ من المشروع التمهيدى على وجه موافق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخل بعض تحويرات لفظية طفيفة فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقمه ٥٨٣ في المشروع الثاني . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٥ - ٤٥٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٥٦/٥٣٤ : الترتك الحاصل بالصلح يلزم تأويله بالذقة بحسب ألفاظه ، ومهما كانت هذه الألفاظ لا يزول الترتك إلا على الحقوق المنحصرة في موضوع المادة الواقع فيها الصلح .

(وأحكام التقنين السابق تحقق مع أحكام التقنين الجديد) .

العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٤٤ (١)

٣٨١ - قاضي الموضوع هو الذي يفسر المصالح : وقاضي الموضوع هو الذي يفسر عقد الصلح ، شأن الصلح في ذلك شأن غيره من العقود . ولا يخضع قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض في التفسير ، ما دام يستند في تفسيره إلى أسباب سائفة ، وما دام لم يمسح العقد ، وإلا نقض حكمه (٢) . ويقدر قاضي الموضوع بوجه خاص ما إذا كان الصلح قابلاً للتجزئة تبعاً لقصد الماقدنين ، إذ الأصل في الصلح كما قدمنا أنه غير قابل للتجزئة ما لم يتبين من عبارات العقد أو من الظروف أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض (٥٥٧ / ٢ مدني) ، وقد تقدم بيان ذلك (٣) .

على أنه لما كان الصلح يحسم نزاعاً معيناً بين طرفين عن طريق نزول كل منهما عن جزء من ادعائه ، فإن هذا النزول المتبادل يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً ، ويجب في الوقت ذاته أن يكون أثر الصلح مقصوراً على النزاع الذي تناوله (٤) .

(١) التقنينات الملغية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٥٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل ، ولكن الحكم تطبيق القواعد العامة . انظر الأستاذ حسن

الذنون فقرة ٢٧٢ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٤٤ : يجب تفسير عقد المصالحة بمناه الضيق ، ولا يجوز ، أياً كان نصه ، أن يطبق إلا مل المنازعات والحقوق التي جرى عليها الصلح .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٢ ص ٢٩٩ - ٢٠ يناير

سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٤ ص ٧٠٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٦٧ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الصلح عقد ينحسم به النزاع بين طرفيه في موضوع =

٣٨٢ - التفسير الضيق لفقر الصلح : تنازل المتصالح عن جزء من ادعائه يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً ، شأن التنازل في الصلح في هذا التفسير الضيق شأن كل تنازل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويجب أن تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح بمعناها الضيق ، فإذا تضمن الصلح تنازلاً عن فوائد الدين مثلاً ، فسر التنازل بأنه مقصور على ما استحق منها لا على ما يستحق » (١) .

وإذا تصالح أحد الورثة مع الورثة الآخرين على استحقاق في التركة ، وجب أن يفسر الصلح على أن الوارث إنما تصالح على استحقاقه باعتباره وارثاً . فإذا ظهر بعد ذلك أن المورث قد أوصى له بمال في التركة ، فإن الصلح لا يتناول هذه الوصية ، وللوارث أن يرجع بالموصور به على التركة ، ولا يحتج عليه بالصلح .

وإذا تصالح الشريك مع شركائه على ما يستحق من أرباح في الشركة ، فإن هذا الصلح لا يشمل إلا ما استحقه فعلاً من أرباح ، لا ما قد يستحقه في المستقبل .

وإذا تصالح المضرور مع المسئول على التعويض المستحق له بسببه الإصابة ، فإن الصلح يجب هنا أيضاً أن يفسر تفسيراً ضيقاً ، فلا يشمل إلا الإصابة التى كانت ظاهرة وقت الصلح ، فإذا ظهرت مضاعفات بعد ذلك ، فتولد عن الإصابة عاهة مستديعة مثلاً أو مات المصاب من

معين كل أناس تزول كل منهما عن بعض ما يدعيه قبل الآخر ، ولهذا يجب ألا يتوسع في تأويله وأن يفسر تفسيره على موضوع النزاع (نقض ملف ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٢ ص ٢٩٩ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٦ .

أثر الإصابة ، فإن الصلح لا يكون قد تناول شيئاً من ذلك ، والمضرور
أو لورثته من بعده أن يرجع بتعويض آخر على المستول بسبب ما جدد
من الضرر ، ولا يمتنع عليه بالصلح السابق^(١) . وقد سبق أن تناولنا هذه
المسألة ، وقلنا إنه حتى لو تصالح المضرور مع المستول على جميع الضرر
الذي يحدث له ، فإن ذلك لا يمنع من أن يكون المضرور قد وقع في
غلط جوهرى في شأن هذا الضرر ، ولم يكن يتوقع أن الإصابة ستؤدى
إلى عاة مستدبة أو تفضى إلى موته ، ومن ثم يجوز له أو لورثته أن
يطلب إبطال الصلح للغلط . وحتى إذا نزل المصاب في الصلح عن حقه
في المطالبة بأى تعويض إضافى ، فإن ذلك لا يكتفى لافتراض إجازته لنتائج
هذا الغلط الجوهرى ، لأن الإجازة الصادرة ممن وقع في غلط لا تصح
قبل أن يكشف عن هذا الغلط^(٢) .

٣٨٣ - الأثر النفسى للصلح فيما يتعلق بالحمل : وبما يترتب على
تفسير الصلح تفسيراً ضيقاً أنه يجب أن يكون أثر الصلح مقصوراً على
النزاع الذى تناوله ، دون أن يمتد إلى أى شيء آخر^(٣) . على أن هذا
الأثر النسبى هو أثر العقد بوجه عام ، فالقصد يقتصر أثره على من كان

(١) ففص جنال ١٣ مارس سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٢١٢ ص ٥٦٥ - الأستاذ
محمد على عرقه ص ٤٠٧ .

(٢) انظر آتقاًقرة ٣٦٥ - والصلح الحاصل بين الحكومة وأحد المفلولين ، بقصد
تسوية الحساب بينهما نهائياً ، لا يضمن تنازل الحكومة عن الضمان العشرى للمنشآت التى أنشأها
هذا الأخير (استئناف مخطط ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٢) . انظر أيضاً : استئناف
مخطط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٩ -
١٢ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٧٩ (لم يرض الصلح لمصروفات الدعوى ، فأخرجت
المصروفات من الصلح وجعلت على عاتق المدعى) .

(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٤٥٦ -
استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٣٠ ص ٣٠ .

طرفاً فيه وعلى المثل الذى تناوله . ولكن الصلح فى هذا الصدد أكثر بروزاً ، لأن القاعدة فيه أن يكون تفسيره ضيقاً . فإذا تصالح ولوث مع بقية الورثة على ميراث اقتصر الأثر على الميراث الذى تناوله الصلح ، ولا يتناول ميراثاً آخر يشترك فيه أيضاً بقية الورثة . وإذا تصالح موصى له مع الورثة على وصية ، لم يتناول إلا الوصية التى وقع النزاع بشأنها ، فلا يشمل وصية أخرى للموصى له تظهر بعد ذلك^(١) .

(١) والصلح الحاصل بين دائتى الشركة لا يشمل الديون التى على أحد الشركاء بصفته الشخصية ، فلا ينيل من هذا التبريك أن يحتج بالصلح الحاصل على ديون الشركة (مصر التكملة ٧ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٤٠ ص ٨١ - والحكم خاص بصلح الدائنين مع شركة مفلسة) . وإذا نزل أحد المتصلحين عن كل ماله من حقوق وادعاءات قبل الآخر ، لا يمتد الصلح إلا إلى الحقوق التى واجهها وقت التصالح ويحيط بها موضوعاً له (استئناف مخطط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ - ٢٥٩) . فالصلح الذى نص فيه على أن المتصلحين قد سوياً نهائياً جميع ما بينهما من حساب يجب أن يقتصر على ما تصفا حسبه من نزاع ، ولا يمكن أن يمتد إلى العلاقات الأخرى التى كانت بينهما وظلت خارجة عن موضوع العقد (استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٣٠) . ولا يؤثر الصلح الحاصل بين الموظف والحكومة على المعاش الذى يعطى بعد موت الموظف إلى ورثته ، لأن هذا المعاش خاص بهم ولا يستمدونه من الميراث (استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٧٤) . وإذا تصالح شخصان فى دعوى وضع اليد على أن تكون اليد لأحدهما ، ورفع الخارج دعوى الملكية ، فلا يحتج عليه بالصلح فى وضع اليد ، لاختلاف محل الدعوى (استئناف مخطط ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٥) . واستعمال المتنازعين عبارة البراءة العامة ، بعد أن حصرا موضوع التصالح وحدوده فيما هو مدين بالصلح ، إنما يفيد عموم البراءة فى نوع الحقوق التى كانت محل اعتبارهما عند التصالح ، ولا يجوز أن تنمى إلى غيرها (استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ٣٠٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٦١٦ - الأستاذ محمد على عرفة ص ٤٠٦) .

ومع ذلك فقد ذهب بعض الأحكام إلى أن الصلح لا يحسم المنازعة القائمة وقت إبرامه فقط ، بل يكون «حاسماً أيضاً لكل نزاع يثار فى المستقبل متى كان هذا النزاع ناشئاً فى الدعوى نفسها التى حصل فيها الصلح» (ملحقاً الجزئية ١٥ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٢ ص ١٩٧ - قارن استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٩) وذلك «تحقيقاً» -

وهذا الأثر النسبي للصلح فيما يتعلق بالحل يعمل الصلح كقوة الأمر المقضى في شروطه ، فلا يحتج بالصلح إلا في نزاع اتحد فيه الحل والسبب والخصوم . وسنرى فيما يلى ، عند الكلام في الأثر النسبي للصلح ، وجوب اتحاد السبب والخصوم ، كما رأينا هنا وجوب اتحاد الحل .

المبحث الثاني

طرق الإلزام بالصلح

٣٨٤ - **طريقان** : إذا أبرم الصلح بين طرفين ، استطاع كل طرف أن يلزم الآخر بهذا الصلح ، فيمنعه من تجديد النزاع عن طريق الدفع بالصلح . وقد يوضع في العقد شرط جزائى يقع على من يخل بالتزامه بمقتضى عقد الصلح أو يرجع إلى النزاع الذى انقسم . كما يجوز ، إذا أخل أحد المتصلحين بالتزاماته في الصلح ، أن يطلب المتصلح الآخر فسخ العقد ، إذ الصلح عقد ملزم للجانبين كما قدمنا فإذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للآخر طلب الفسخ .

المطلب الأول

الدفع بالصلح والشرط الجزائى

٣٨٥ - **الرفع بالصلح** : إذا انقسم النزاع بالصلح ، لم يزل من المتصلحين أن يجدد هذا النزاع ، لا بإقامة دعوى به ، ولا بالمضى في

- لا قصد المتعاقدين - (قنا الكلية ٣٠ يونيو سنة ١٩٣١ المادة ١٢ رقم ٥٠٥ ص ١٠٠٧) .
فإذا تنازل واردة في عقد الصلح عن « باق حقوقها الآيلة لما بالميراث الشرعى من والدعا » ، لم يحزها المطالبة ببيع الأطنان التى استولت عليها مقابل هذا التنازل ، لأن هذا البيع « هو من باق حقوقها الآيلة لما بالميراث الشرعى من والدعا التى تنازلت عنها بمحضر الصلح » ، فبذلك من أن البيع تابع لنزاع في الملكية لدى حسمه الصلح ، والفرق بين الأصل (مطلقا الجزئية وقتا الكلية في الحكمين المشار لهما - وانظر الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٢٥ ص ٥٣) .

الدعوى التي كانت مرفوعة ، ولا بتجديد هذه الدعوى . ويستطيع المتصلح الآخر أن يدفع بالصلح الدعوى المقامة أو المطلوب المضي فيها أو المجردة^(١) .

وإذا كانت الدعوى مرفوعة بين خصمين ، واصطلاحاً ، انتهت الدعوى بالصلح . ولا يصح الاستمرار في إجراءات الدعوى بعد الصلح ، وتنقضى ولاية المحكمة على الخصومة ، فلا يصح أن تحكم فيها حتى بالمصروفات . وإذا لم يكن الخصمان قد اتفقا في الصلح على شيء فيما يتعلق بالمصروفات ، تحمل كل خصم ما صرفه^(٢) . ولا يجوز بعد الصلح وانقضاء الدعوى أن يتدخل خصم ثالث أضر الصلح بحقوقه ، وليس له إلا أن يرفع دعوى مستقلة بذلك^(٣) .

-
- (١) استئناف مخطط ٧ يوينو سنة ١٨٩٣ م ٥٠ ص ٣٠٨ .
- (٢) بلانيول وريبير وسالفانيه ١١ فقرة ١٥٨٩ - وقارن استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٧٩ (حيث لم يعرض الصلح لمصروفات الدعوى ، فجلت حل عائق اللذين - وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم انظر آنفاً فقرة ٣٨٢ في الهامش) .
- (٣) بلانيول وريبير وسالفانيه ١١ فقرة ١٥٨٩ - ولكن إذا تدخل خصم ثالث أضر الصلح بحقوقه في الدعوى ، وطعن في الصلح بالطلان ، فالظاهر أنه لا يجوز وفرض تدخله إلا على أساس أن الصلح صحيح وأنه قد قضى الدعوى ، فيجب إذن حل المحكمة ببدء ذي يده أن تقبل تدخله وتنتظر في صحة الصلح ، فإن حكمت بصحته انقضت الدعوى (استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٧٤ - ١٥ يوينو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٥) . وإذا تم الصلح بين الخصمين بعد صدور حكم من محكمة أول درجة ، واستوفى الحكم ، فمحكمة الاستئناف تنتظر في صحة الصلح إذا طعن فيه ، فإن قضت بصحته حكمت بعدم قبول الاستئناف (أنسيكلويدي دالوز ه لفظ transaction فقرة ١٠٣) . حل أن محكمة الاستئناف المخططة قد قضت بأن الطعن في الصلح لا يكون في الأصل أمام محكمة الاستئناف التي تنتظر الاستئناف المرفوع من القضية التي وقع فيها الصلح ، بل يجب أن ترفع به دعوى مستقلة (٧ يوينو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٨) ، وتكلف محكمة الاستئناف الطرف الذي يطعن في الصلح إذا كان ظاهر الصحة برفع دعوى مستقلة ، وتوقف نظر الاستئناف حتى ثبت الصحة المحكمة المختصة بنظر صحة الصلح في هذا الأمر ، أما إذا كان الصلح غير ظاهر الصحة لانعدام الصفة أو لعدم الحصول على الإذن الواجب

ولما كان الدفع بالصلح لا يعتبر من النظام العام ، فإنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة التقص ، ولكن يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١) .

فإذا انتقضت الدعوى بالصلح ، لم يبق أمام الخصم الذى له مطعن على هذا الصلح إلا أن يرفع دعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة بظعن بها في الصلح (٢) ، كأن يطلب إبطاله لغلط في الواقع أو لتدليس أو لإكراه ، أو يطلب بطلانه لعدم مشروعية المحل أو لعدم مشروعية السبب . ويجوز لدائن المتصالح أن يظعن في الصلح بالدعوى البولصية ، وذلك بدعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة ، إذا أثبت أن الصلح إنما وقع توافقاً ما بين المتصالحين إضراراً بمحقوقه ، ولا بد من التوافق لأن الصلح من عقود المعاوضة كما قلنا ، وتسمى هنا القواعد العامة المقررة في الدعوى البولصية (٣) .

= من المحكمة فإن محكمة الاستئناف تقضى بإبطاله وتسمى في نظر الاستئناف (استئناف مخطط ٣٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٥ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠١) . ولكن محكمة التقص قضت بأن المنازعة في شأن عقد الصلح ليست إلا فرعاً من المنازعة في الحق بالمصطلح عليه المطروح أمام المحكمة ، والقاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ، فإذا قدم الطامن إلى المحكمة عقد الصلح المحرر بينه وبين الخصوم محتجاً به عليهم طالباً مواضعهم به ، ترتب حل ذلك قانوناً حق الخصوم في الطعن عليه ودفع حجيته عنهم ، وحق المحكمة بل واجبها في التصرص له والفصل في النزاع القائم بشأنه بين الطرفين ، وحكم هذا العقد حكم كل دليل يقدم إليها فتقول كلمتها فيه أخذاً به أو إطرأساً له (نقض مدني ٥ يونيو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢١١ ص ٤٥٠) .

(١) بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٩٢ - بلانويول وريبير وسالانتييه ١١ فقرة ١٥٨٩ - أنسيكلويدى دالروز ٥ لفظ transaction فقرة ١٠٤ .

(٢) استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤ - ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ م ص ٢٩٩ .

(٣) استئناف مخطط ١٧ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٠ - أوبري ورو وإسبان =

وإذا أراد أحد المتصلحين تنفيذ الصلح وامتنع الآخر ، ولم يكن الصلح في ورقة واجبة التنفيذ ، وجب رفع دعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة ، بتنفيذ الصلح أو بفسخه .

٣٨٦ - الوارثة بين الصلح والحكم : وهناك شبه بين الصلح والحكم في أن كلا منهما يحسم النزاع ، وفي أن الدفع بالصلح كالدفْع بقوة الأمر المقضى يقتضى وحدة الخصوم والمحل والسبب . وقد بالغ التذنين المدنى الفرنسى في هذا التشبيه ، حتى أنه نص في المادة ٢٠٥٢ / ١ منه على أن « الصلح ، فيما بين الطرفين ، له قوة الأمر المقضى » .

ولكن الصلح مع ذلك يختلف عن الحكم من وجوه عدة :

١ - فالصلح قد يقع دون أن تكون هناك دعوى مرفوعة فيحسم نزاعاً محتلاً ، أما الحكم فلا يصدر إلا في دعوى مرفوعة فيحسم نزاعاً قائماً . وإجراءات الحكم مرسومة في قانون المرافعات ، أما الصلح فتعقد كسائر العقود يتم بتوافق الإيجاب والقبول كما قدما .

٢ - والصلح في الأصل لا يقبل التجزئة إلا إذا قصد المتعاقدان أن تكون أجزاؤه مستقلة بعضها عن بعض ، أما الحكم فتمكن تجزئته إذا طعن فيه بوجه من وجوه الطعن ، فيلغى جزء منه ويبقى الجزء الآخر .

٣ - والصلح يجوز الطعن فيه بعيب من عيوب الإرادة ، ولكن

= ٦ - فقرة ٤٢١ ص ٢٦٢ - جوران ٢ فقرة ١٤٥٣ . فالدائن في الدعوى البوليسية يطعن في الصلح الذى عقده مدينه ، لا حل أنه عقد كاشف لحق المتصالح مع مدينه فلا يكون الصلح في هذه الحالة مفقراً للمدين ، بل حل أنه عقد تراعاً فيه المدين والمتصالح معه حل الإضرار بحقوقه فنقل المدين حقاً له المتصالح الآخر تحت ستار الصلح . ومن ثم يكون للدائن في الواقع من الأمر طمان حل صلح للمدين ، الطعن الأول أن هذا الصلح يستر عقداً ناقلاً للحق ، والطعن الثانى أن هذا العقد الناقل للحق الذى يستر بالصلح عقده المدين متواطئاً فيه مع المتصالح معه للإضرار بحقوقه (انظر الأستاذ أكرم الخول فقرة ٤٢ - وقارن يوايه في الصلح ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦) .

لا يجوز الطعن فيه لفظ في القانون . أما الحكم فلا يجوز الطعن فيه بسبب من عيوب الإرادة ، ويجوز الطعن فيه لفظ في القانون : وطرق الطعن في الحكم مقررة في قانون المرافعات ، أما الطعن في الصلح فلا يكون إلا بدعوى مستقلة كما سبق القول .

٤- والصلح يتبع في تفسيره الطرق المقررة في تفسير العقود ، أما الحكم فله طرق خاصة في طلب تفسيره بينها قانون المرافعات .

٥- والصلح ، ما لم يكن مصدقاً عليه من المحكمة أو كان في ورقة رسمية ، لا يجوز تنفيذه إلا بدعوى مستقلة . أما الحكم فيجوز تنفيذه طبقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات . ولا يجوز أخذ حتى اختصاص بالصلح ما لم يكن مصدقاً عليه من المحكمة ، أما الحكم فيجوز أخذ اختصاص به متى أصبح حكماً واجب التنفيذ^(١) .

٣٨٧ - الشرط الجزائي المقرر بالصلح : ويجوز أن يضع المتصلحان في عقد الصلح شرطاً جزائياً للتأخر في تنفيذه أو كجزاء على الطعن فيه ، ختيع في ذلك القواعد العامة المقررة في الشرط الجزائي .

فلذا كان الشرط الجزائي مقررّاً للتأخر في تنفيذ الصلح ، وتأخر أحد المتصلحين في تنفيذ التزاماته ، جاز للمتصلح الآخر أن يطالبه بالتنفيذ وأن يطلب تطبيق الشرط الجزائي للتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب التأخر في التنفيذ . ولكن إذا أثبت من تأخر في تنفيذ التزاماته أن الطرف الآخر

(١) انظر كل ذلك أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧ - بودري وفال ٢٤ فقرة ١٢٩١ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٨٦ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٣٨٢ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى بإلزام الخصوم بما جاء في عقد الصلح الذي أبرم بينهم ، فإن حجيت مفصورة على أن الصلح صدر منهم وهم أهل لإصداره ، أما ما عدا ذلك مما يدخل في بيان التزامات المتصلحين وحقوقهم ، فإن حجيت الحكم لا تتناولها (نقض صفح ٥ يونيو سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٩٧/٤) .

لم يلحقه ضرر بسبب هذا التأخر ، لم يكن الشرط الجزائي مستحقاً (م ٢٢٤ / ١ مدني) . كذلك يجوز للقاضي أن يخفف التعويض المتصور عليه في الشرط الجزائي ، إذا أثبت من تأخر في تنفيذ الصلح أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (م ٢٢٤ / ٢ مدني) . وليس في كل هذا إلا تطبيق القواعد العامة المقررة في الشرط الجزائي .

وإذا كان الشرط الجزائي مقررأ كجزاء على الطعن في الصلح ، وطعن أحد المتصالحين فيه ، وجب التبرع حتى تعرف نتيجة هذا الطعن . فإذا نجح الطاعن في طعنه وأسقط الصلح ، لم يكن الشرط الجزائي مستحقاً إذ هو يسقط مع سقوط الصلح . أما إذا لم ينجح الطاعن في طعنه وبقي الصلح قائماً ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرجع بالشرط الجزائي على الطرف الذي لم ينجح في الطعن ، مع جواز تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه على الوجه الذي قدمناه .

وبطلان الصلح يستتبع بطلان الشرط الجزائي كما سبق القول (١) .

المطلب الثاني

فسخ الصلح

٣٨٨ - قول بصرم جواز فسخ الصلح : الصلح كما قلنا عقد ملزم للجانبين ، فيرد عليه الفسخ وفقاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد . ولكن فريقاً من الفقهاء في فرنسا اعترضوا على جواز فسخ الصلح ، ويتوا هذا الاعتراض على أن الصلح كاشف للحق كما سنرى . فإذا تصالح ولزتان تنازعا على ميراث دار وأرض ، فأنهى أحدهما بالآخر

(١) انظر في كل ذلك لوبري دور وإسبان ٦ ققرة ٤٢٦ ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩ - جودري وقال ٢٤ ققرة ١٢٩٤ - ققرة ١٢٩٦ - بلانول وروبير وملاتيه ١١ ققرة ١٥٩٢ . (توسيط - ٢٧٢)

والآخر بالأرض ، اعتبر كل منهما مالكا لما اختص به لا بمقد الصلح بل بالميراث . فلا يتصور إذن فسخ الصلح في هذه الحالة ، ما دام كل منهما قد أقر للآخر بملكية ما اختص به ، والإقرار إختيار لا إنشاء فلا يتصور فسخه . أما إذا تضمن الصلح نقل حق لا مجرد الكشف عنه ، فعند ذلك يجوز الفسخ . مثل ذلك أن يتنازع شخصان على أرض ، فيصالحا على أن يخص أحدهما بالأرض في نظير أن يدفع مبلغاً من المال للآخر . فهنا الصلح قد كشف عن حق الأول في الأرض ، ونقل للثاني حقاً في المال بدل الصلح . فإذا لم يف الأول بالتزامه من دفع المال إلى الثاني ، جاز للثاني المطالبة بفسخ الصلح ^(١) .

٣٨٩ - جواز فسخ الصلح : ولكن الرأي المتقدم لم يسدد لافي القضاء ^(٢) ولا في الفقه ، وذهب أكثر الفقهاء ^(٣) إلى جواز المطالبة بفسخ الصلح كما هو الأمر في سائر العقود الملزمة للجانبين ^(٤) .

(١) انظر في هذا المعنى بلانويول وديبر وسقانيه ١١ ققرة ١٥٩٠ وققرة ١٥٩٣ - الأستاذ محمد علي مرة ص ٤٢٦ .

(٢) استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ الجمعية الفرنسية ٢٢ رقم ٥١ - الإسكندرية الوطنية ١٤ يناير سنة ١٩٣٩ الجمعية الفرنسية ٤١ رقم ١٧٥ - استئناف غنط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٤٦ - ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٣٤ - ٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ .

(٣) يون ٢ ققرة ٤٦١ - جوارز ققرة ٨ - أوبري ورو وإسبان ٦ ققرة ٤٢١ ص ٢٥٧ - بوردو وقال ٢٤ ققرة ١٢٩٧ - ميرل ققرة ١٤٧ - كولان وكايتان ٢ ققرة ١٣٨٠ ص ٨٨٣ - جوسران ٢ ققرة ١٤٥٣ - أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ transaction ققرة ١٤٦ - الأستاذ محمد كليل مرسى في العقود المسماة ١ ققرة ٢٨٠ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي ققرة ٢١ ص ٤٢ - الأستاذ أكرم النخول ققرة ٤٤ - ويتردد لوران ، فيقول بجواز فسخ الصلح (لوران ٢٨ ققرة ٣٢٨) ، ثم يقول بعدم الجواز (لوران ٢٨ ققرة ٤٢٩) . ولكنه يعلم بجواز تضمن الصلح شرطاً صريحاً بالفسخ إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته (لوران ٢٨ ققرة ٤٣٠) .

(٤) ذلك أن الصلح ينشئ التزاماته في جانب كل من المتصالحين هو ترك الجزء من ادعائه =

فلذا نازع المدين الدائن في الدين ، وتصالحا على أن يزل الدائن عن جزء من الدين ويدفع المدين الباقي ، ثم أدخل المدين بالتزامه فلم يدفع الجزء من الدين الذي تمهد بدفعه في عقد الصلح ، جاز للدائن أن يطلب فسخ الصلح ومطالبة المدين بكل الدين^(١) . ويجوز للدائن في هذه الحالة أن يطالب بتنفيذ الصلح لا بفسخه ، فيجبر المدين على دفع الجزء من الدين الذي تمهد بدفعه في عقد الصلح ، ولا يستطيع المدين عند ذلك أن ينازع في هذا الجزء فقد حسم النزاع في شأنه بالصلح . أما إذا طلب الدائن فسخ الصلح ففسخ ، جاز للمدين الرجوع إلى النزاع القديم عند مطالبته بكل الدين ، فقد فسخ الصلح الذي كان قد حسم هذا النزاع .

وفسخ الصلح تجرى فيه القواعد العامة المقررة في فسخ العقود . فيجوز لأي من المتصلحين ، إذا أدخل الآخر بالتزامه ، أن يطلب إما تنفيذ الصلح إذا أمكن التنفيذ عينا وإما فسخ الصلح . وللقاضي حق تقدير طلب الفسخ ، وله أن يرفضه ويمنع مهلة للطرف المتخلف حتى يقوم بتنفيذ التزامه .

سلكى نزل من الصلح ، فيلتزم إذن بعدم تجديد النزاع في هذا الجزء . فلذا أدخل أحد المتصلحين جفا الالتزام ، جاز للمتصلح الآخر أن يطلب فسخ الصلح ليفنى النزاع من الجزء من ادعائه الذي نزل من الصلح . ويقول الأستاذ أكرم الخويل (قرة ٤٦ ص ٩٧) : « أما وقد استنفنا فكرة الإقرار من الصلح وحلناه إلى تنازل من حق الدعوى ، فإن فسخ الصلح لعدم التنفيذ فهو كرها طبيعيا يقتضيه تطبيق القواعد العامة ، إذ من الطبيعي أن نفترض أن تنازل كل مصالح من دعواه نهائيا غايته تنفيذ المتصلح الآخر لما يلزمه به الصلح » .

(١) وقد قضى بأنه إذا تضمن الصلح إبراء جزئيا من الدين ، حل أن يزل المدين بالنظام في سواحه الاستحقاق التي يحددها الصلح وإلا حل الدين بكامله ، فإن عدم الوفاء في مواعيد الاستحقاق إذا تبعه إقرار المدين يترتب عليه حلول الدين بكامله (استئناف غسط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤ - ٣ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٧) . لكن إذا قبل الدائن الوفاء بعد حلول ميعاد استحقاق القسط ، بل وقبل تأجيل بعض الأقساط التالية ، اعتبر متنازلا من فسخ الصلح (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المجلة ٢٤ رقم ١٥ ص ٢٢) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً صريحاً في جواز فسخ الصلح ، فكانت المادة ٧٥٣ من هذا المشروع تنص على أنه : « إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما ألزم به في الصلح ، جاز للطرف الآخر أن يطلب بتنفيذ العقد إذا كان هذا ممكناً ، وإلا كان له أن يطلب فسخ العقد ، دون إخلال بحقه في التعويض في الحالتين » (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » (٢) .

(١) وورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يرد فسخ كل الصلح كما يرد كل أى عقد آخر ملزم للجائين ، فلذا لم يتم أحد المتعاقدين بما ألزم به الصلح في نفسه من التزامات ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ أو التنفيذ إذا كان ممكناً ، مع التعويض في الحالتين إذا كان له محل . فلذا فسخ الصلح اعتبر كأن لم يكن ، وعاد النزاع لتقديمه كما كان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦٤ في الحاشى) .

(٢) مجموعة التحضيرية ٤ ص ٤٦٤ في الحاشى - وقد نصت المادة ٧٢١ عراق على أنه : « إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما ألزم به في الصلح ، جاز للطرف الآخر أن يطلب بتنفيذ العقد إذا كان هذا ممكناً ، وإلا كان له أن يطلب فسخ العقد ، دون إخلال بحقه في التعويض في الحالتين » . ونصت المادة ٧١٧ عراق على أنه : « ١ - إذا كان الصلح في حكم المفاوضة ، فطرفين المتقابل منه ، فيرجع للمضى به للمضى وبذلك الصلح للمضى عليه . ٢ - أما إذا تضمن إسقاط بعض الحقوق ، فلا يصح المتقابل منه . ونصت المادة ١٠٤٦ لبنان على أنه : « إذا استع أحد الطرفين من اقليم بالعهود التى قطعا في عقد المفاوضة ، حق للفرق الآخر المطالبة بتنفيذ العقد إذا كان ممكناً ، وإلا حق له أن يطلب الفسخ ، مع مراعاة حقه في طلب بدل الفشل والفرور في الحالتين » . ونفى من البيان أنه يجوز للمتصلحين أن يتحابلا الصلح ، ولكن لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بذلك . ويجوز أن يستخلص المتقابل عساً من استمرار التعوى بين التنازعين دون أن ينفذ لهما بالصالح الذى كان قد تم بينهما . وقد يكون المتقابل جزئياً ، غير قابلين في جزء ما تصالفا عليه ويستحقان الجزء الآخر (بلايول وديور وسالتييه ١١ فقرة ١٥٩٥) .

الفرع الثاني

الأثر الكاشف والأثر النسبي للصلح

المبحث الأول

الأثر الكاشف للصلح

٣٩٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٥٤ من القانون المدني على ما يأتي :

« للصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق ، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها » (١).

ويقابل هذا النص في القانون المدني السابق المادة ٥٣٧ / ١٥٩ (٢).

ويقابل في القوانين المدنية العربية الأخرى : في القانون المدني السوري م ٥٢٢ - وفي القانون المدني الليبي م ٥٥٣ - وفي القانون المدني العراقي م ٧١٦ - وفي قانون المراجبات والقود البناني م ١٠٤٣ (٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٤٤ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في القانون المدني الجديد . ولقرره لجنة المراجعة تحت رقم ٥٨٢ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٤ (بمجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٤٥٢ وص ٤٥٤ - ص ٤٥٥) .

(٢) القانون المدني السابق م ١٥٩/٥٣٧ : القائل بأن كل صلح له وقع فيه المصلح يقع على حاله الوقت بالصلح ، ولكن يجوز لمن عليه تلك القائل بأن كل صلح له وقع فيه المصلح أن يبيع على المدين بالوجه الذي كانت موجودة في حقه حين قبل وتوقع المصلح . (والنص يعود نتيجة منطقية من نتائج الأثر الكاشف) .

(٣) القوانين المدنية العربية الأخرى :

القانون المدني السوري م ٥٢٢ (مطابق) .

القانون المدني الليبي م ٥٥٣ (مطابق) .

ويخلص من هذا النص أن الأثر الكاشف للصلح مقصور على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها ، فإذا حمل الصلح حقاً غير متنازع فيها - وهو ما يسمى بدل الصلح - كان الأثر ناقلاً لا كاشفاً .

٣٩١ - أثر الكاشف بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها : لم يكن التفتين المذني السابق يتضمن نصاً صريحاً في أن الصلح أثر كاشفاً ، ولكنه نص على نتيجة من نتائج الأثر الكاشف في إبقاء التأمينات التي كانت للحق الذي وقع فيه الصلح (م ٥٣٧ / ٦٥٩) ، لأن الأثر الكاشف يمنع من تجديد هذا الحق تحت التأمينات التي كانت له . وقد آثر التفتين المذني الجديد أن يورد نصاً صريحاً عاماً في الأثر الكاشف للصلح ، هو نص المادة ٥٥٤ سالف الذكر .

ومعنى أن الصلح أثر كاشفاً بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها أن الحق الذي يخلص للمتصالح بالصلح يستند إلى مصدره الأول لا إلى الصلح . فإذا اختلف شخصان داراً في الشيوع ، ثم تنازعا على نصيب كل منهما في الدار ، وتصالحا على أن يكون لكل منهما نصيب معين ،

= التفتين المذني العراقي م ٧١٦ : ١ - الصلح من إنكار أو سكوت هو في حق المصالحاة ، وفي حق المصالح عليه خلاص من إيمان وقطع المتزعة . ٢ - نصيري الشفعة في القمار المصالح عليه ، ولا يجرى في القمار المصالح منه . (وهذا النص مأخوذ من أحكام فقه الإسلام) .

تطبيق الواجبات والقيود البتاني م ١٠٤٣ : يجب على كل من المصالحين أن يضمن للأخر الأمانة التي يملكها إياها على سبيل المصالحاة . وإذا استلم أحد الطرفين بمك المصالحاة التي المتنازع عليه ، ثم تزعم هذا الشيء منه يدعي الاستحقاق أو وجه فيه حياً موجباً لرد ، كان ثمة وجه للصالح عند المصالحاة كله أو بعضه أو يخص قبل وفقاً للشروط للضرورة البيع . وإذا كانت المصالحاة واقعة على منتج حق الانتفاع بشيء لمدة من الزمن ، كان للضمان الواجب على كل من الطرفين للأخر نفس الضمان الواجب في إيجارة الأشياء . (وهذا النص يوجب الضمان في الصلح ، علوفاً للقواعد العامة التي تقر أن الصلح في الأصل لا يوجب الضمان في حدود الأثر الكاشف) .

اعبر كل منهما مالكا لهذا التصيب لا يعقد الصلح بل يعقد البيع الذي اشترى به الدار في الشروع ، واستند بذلك حق كل منهما إلى مصدره الأول لا إلى الصلح . وإذا نزل اللائق يعقد عن جزء من الدين المتنازع فيه المدين على أن يدفع المدين الجزء الباقي ، فهذا الجزء الباقي لا يزال مصدره العقد وهو المصدر الأول فتبقى التأمينات التي كانت للدين . وإذا تنازع شخصان على أرض ومنزل كان يملكهما مورث مشترك ، فاصطلحا على أن يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل ، اعتبر كل منهما مالكا لما اختص به ، لا من وقت الصلح بل من وقت موت المورث ، وأنه قد ملك لا بالصلح بل بالميراث^(١) .

وتذهب النظرية التقليدية في تحليل هذا الأثر الكاشف إلى أن الصلح هو إقرار من كل من المتصالحين لصاحبه ، والإقرار إخبار لا إنشاء ، فهو يكشف عن الحق لا ينشئه^(٢) . ولما اعترض على هذه النظرية بأن

(٤) المذكرة الإنشائية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٥٣ - ص ٤٥٤ - وإذا نزلت واردة عن جميع حقوقها في تركه أيها المقابل التي مترقباً ، فإنها تعبر مالكة لها من يوم وفاة أبيها ، فيع أحد الورثة هذه القراريط قابل للإبطال باحبارها فيما لك الغير (الأصغر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ المجموعة الفرنسية : رقم ١٥٤ ص ١٠٢) .

(٥) المذكرة الإنشائية لمشروع حل التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٥٤ - بون ٢ فترة ٦٢٠ - بلانول وغيير وديانويه ٢ فترة ٣٢٢٧ - وانظر عرض النظرية التقليدية في بيدان ١٢ فترة ٣٤٣ . وتقرب النظرية التقليدية بين الصلح والحكم ، إذ الصلح يؤدي إلى نتيجة قضائية بوسيلة اتفاقية ، فيكون الصلح كالحكم أثر كاشف (جول ١٠٥) .

ولما كان المدين الذي القرض لم يتضمن تعاضداً صريحاً في الأثر الكاشف الصلح ، كما تضمن حل القرض في الأثر الكاشف لنفسه (برودي وقال ٢٤ فترة ١٣٠٢) ، فقد ذهب بعض الفقهاء (أكارياس Accarias) والصلح في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي رسالة من باريس سنة ١٨٦٣ - لثلاثية في الأثر الكاشف للقول رسالة من دن سنة ١٩٢٧) إلى أن الصلح قابل للحقوق ، على أساس تحليل الصلح بأن كل مصالح فيه يتخل جزءاً من الحق المتنازع فيه إلى صاحبه، فينضم هذا الجزء بالنسبة إلى المتنازل باتحاد الحق مع المتنازل له (انظر في انقطاع -

غرض كل من المتصالحين ليس هو الإقرار لصاحبه ، وإنما هو حسم النزاع بينهما بتنازل كل منهما عن جزء من ادعائه ، ود على هذا الاعتراض بأن هذا التنازل عن الادعاء يفترض فيه أنه إقرار من المتصالح لصاحبه كشف عن الحق ، فيكون الأثر الكاشف للصلح إنما هو محض افراض (fiction)^(١) .

والنظرية الحديثة في تفسير الأثر الكاشف تلعب إلى أن المتصالح في الواقع من الأمر لا يقر لصاحبه ، وإنما هو ينزل عن حق الدعوى في الجزء من الحق الذي سلم به . فهنا الجزء من الحق قد بقي على وضعه الأول دون أن يتغير ، وإنما الصلح قد حسم النزاع فيه فخلص لصاحبه . ومن ثم يكون للصلح أثران ، فهو قاض على النزاع من حيث غلوص الحق ، وهو كاشف عن الحق من حيث بقاء الحق على وضعه الأول^(٢) .

٣٩٢ - النتائج التي تترتب على المؤثر الكاشف للصلح : ونذكر من النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للصلح ما يأتي :

أولاً : لا يعتبر المتصالح متقياً الحق المتنازع فيه من المتصالح الآخر ، ولا يكون خلفاً له في هذا الحق . ومن ثم لا يستطيع في مواجهة الغير أن

= هذا التحليل يبدآن ١٢قرة ٢٤٧-بوابه في الصلح ص ٢١٢) . هذا إلى أن غرض كل حاصلح من الصلح هو الحصول على ما يحاد يكون للصالح الآخر من حقوق على الشيء المتنازع فيه لا مجرد تحمل المتصالح الآخر من المنازعة في هذا الحق ، ومن ثم جاز فتح الصلح لعدم القطعية ، وجزاء الطعن فيه بالدمري البروتية ، وطه كلها حلول لا تنفق إلا مع أن الصلح لقال الحق لا كاشف به . ولكن هذه النظرية لم تعد ، وظل الأثر الكاشف للصلح هو القول بالسك (أبرهي ورووليهان ٦قرة ٤٢١ حاشي رقم ١٧ - بوابه في الصلح ص ٢٧٢ - ص ٢٢٢ - بيرل ١٠٥ - قرة ١٣١) .

(١) بومدي وقال ٢٤قرة ١٣٠٢ - بليلول وريج وسالتيه ١١قرة ١٥٩٠ -

(٢) بوابه في الصلح ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤ - ص ٢٥٤ - ص ٢٥٥ - أنيكولويهي

مالقز • لظ *transmission* ١٧قرة ١٢٣ .

يسعين بمسئدات الطرف الآخر^(١) : فإذا خلصت لأحد المتصالحين ملكية دار ، ثم نازعه أجنبي غير المتصالح معه في هذه الدار ، لم يستطع وهو يتمسك بالتقدم في مواجهة هذا الأجنبي أن يضم مدة حيازة المتصالح الآخر إلى مدة حيازته .

ثانياً : ولا يلتزم المتصالح الآخر بضمان الحق المتنازع فيه الذي خلص للمتصالح الأول ، لأنه لم ينقل إليه هذا الحق ، والالتزام بالضمان لا يكون إلا مكسلاً للالتزام بنقل الحق^(٢) . فإذا خلصت ملكية الأرض المتنازع فيها لأحد المتصالحين ، ثم استحق الأرض أجنبي ، لم يجوز لمن خلصت له الأرض بالصلح أن يرجع على المتصالح الآخر بضمان الاستحقاق^(٣) .

ثالثاً : وإذا صالح الدائن بضم المدين على أن ينزل له عن جزء من الدين المتنازع فيه في نظير أن يدفع له المدين الباقي ، فالدائن لا يزال في الباقي الذي خلص له دائناً بالمقد كما سبق القول . فلم يتجدد الدين بالصلح ، ومن ثم تبقى التأمينات التي كانت للدين المتنازع فيه ضامنة

(١) بلانويول وريبير وسافاثيه ١١ ققرة ١٥٩٠ - ييدان ١٢ ققرة ٣٦٢ - ميرل ققرة ١٤١ - الأستاذ أكثم الحول ققرة ٤٠ - وانظر عكس ذلك الأستاذ محمد علي حرقه ص ٣٩٧ .
(٢) بلانويول وريبير وسافاثيه ١١ ققرة ١٥٩٠ ص ١٠٤٤ - بودوي وقال ٢٤ ققرة ١٣٠٦ .

(٣) قارن م ١٠٤٣ ليتاني (ألفاً ققرة ٣٩٠ في الملش) . ويلاحظ أنه حتى لو كان الصلح نقلاً للحق ، فإن الضمان لا يجب لأن الأصل في الحق المتنازع فيه عدم وجوب الضمان (براهيه في الصلح ص ٣٠٠ وص ٣٤٣ - الأستاذ أكثم الحول ققرة ٣٧) . ونرى من البيان أن المتصالح يضمن في جميع الأحوال فله الشخصي (بودوي وقال ٢٤ ققرة ١٣٠٦) . وانظر في أن مشروع التقنين للفق الفرنسي كان يشتمل على نص يقضي بعدم ضمان المدين ثم حذفت مخالفته لذلك ولكن ذلك لا يغير من الحكم الواجب وهو عدم ضمان المدين : لوبري ورو وإسبان ٦ ققرة ٤٢١ طلس رقم ١٨ .

للباقى من الدين الذى خلص للدائن بالصلح^(١) . وقد كان التفتين الملقى السابق يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٥٣٧ / ٦٥٩ تنص على أن « التأمينات التى كانت على الحق الذى وقع فيه الصلح تبقى على حالها للوفاء بالصلح ، ولكن يجوز لمن عليه تلك التأمينات أو لمن يتضرر من بقائها أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع التى كانت موجودة في حق الدين قبل وقوع الصلح » . واحتجاج من عليه التأمينات أو من يتضرر من بقائها (كدائن مرتين ثانٍ) بأوجه الدفع التى كانت موجودة في حق الدين قبل وقوع الصلح نتيجة طبيعية للأثر النسبي للصلح ، فآثره مقصور على المتصلحين ولا يحتج به على من كفل الدين المتنازع فيه^(٢) .

رابعا : إذا وقع الصلح على حق عيني عقارى ، لم يكن تسجيله واجبا فيها بين المتصلحين ، وإنما يجب التسجيل للاحتجاج به على

(١) بلانيرول وريير وسالفاتييه فقرة ١٥٩٠ . ولا يغير الصلح من طبيعة الحق ولا يؤثر في صفاته فلذا كان قابلا للتحويل يبقى كذلك بعد الصلح (استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٢٠ المجلد ١٠ رقم ٣٥٥) . وإذا كان قابلا للتنفيذ لتبوءه في ورقة وسية أو لصور حكم به ، يبقى كذلك بعد الصلح ويستطيع صاحبه أن يتخذ به إذا ما فسخ العقد لعدم قيام الباقى الآخر بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بمقتضاها (استئناف مخطط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٥٠ ص ٧٩ . الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٢٣ ص ٤٧) - وإذا كان مؤجلا أو مطلقا على شرط ، يبقى كذلك إلا إذا ظهر أن المتصلحين قد عدلوا من هذا الوصف (أنسيكلويدى دالوز ه لفظ transaction فقرة ١٤٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد أسست قضاها بصحة التنفيذ بفوائده تأخير الأقساط المستحقة من ثمن البيع على أن يحضر الصلح المطلوب التنفيذ به صريح في احتفاظ البائع بجميع حقوقه المقررة بعد البيع ، وعلى أن عقد البيع هذا ينس على سريان لقرواته من التأخير ، فذلك منها سديد ، إذ أن عقد البيع يكون في هذه الحالة متصفا لعقد الصلح ، ومن ثم فإن لقرواته المنصوص عليها فيه تكون كأنها منصوص عليها في عقد الصلح (نقض معلق ٤ مايو سنة ١٩٤١ بجلسة عمر ٤ رقم ١٢٩ ص ٣٥٢ .

(٢) على أن التجميع قد يقع بالصلح إذا الصرفت إلى ذلك نية المتصلحين (استئناف مخطط ٢١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٢ - وانظر في انقضاء التجديد استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المجلد ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧ - وانظر الأستاذ أكرم الحول فقرة ٣٦) .

الغير^(١) . ذلك أن المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري لا توجب التسجيل في التصرفات الكاشفة عن الحق كالصلح إلا للاحتجاج به على الغير . فإذا تصالح شخص مع آخر على عقار متنازع فيه ، فخلص له نار ، جاز له أن يحتج بالصلح ولو لم يسجله على المتصالح الآخر . لكن إذا كان المتصالح الآخر قد باع هذا العقار قبل الصلح أو بعده ، لم يجوز لمن خلس له العقار بالصلح أن يحتج على المشتري إلا إذا سجل الصلح ، وأيهما - المشتري أو المتصالح الأول - سبق إلى التسجيل فضل على الآخر^(٢) .

خامساً : كذلك إذا وقع الصلح على دين متنازع فيه في ذمة الغير ، فخلص هذا الدين بالصلح لأحد المتصالحين ، لم يعتبر هذا المتصالح متلقياً للدين من المتصالح الآخر ، فلا تراعى هنا الإجراءات الواجبة في حوالة الحق^(٣) .

سادساً : لما كان الصلح غير ناقل للحق ، فإنه لا يصلح سبباً صحيحاً لتملك بالتادم القصر . فلو أن عقاراً متنازعاً فيه بين شخصين خلص لأحدهما بالصلح ، فوضع هذا يده على العقار بحسن نية خمس سنوات ،

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٤٥٤ - وقبل قانون التسجيل لم يكن تسجيل الصلح واجباً من الاحتجاج به على الغير (استئناف غطط ١٢ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٥٨ - ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٧) .

(٢) إلا إنه إذا كان المشتري هو الذي سجل أولاً ، جاز للمتصالح الأول أن يملكه ضد المشتري بملكه العقار الذي كان يترده فيها للمتصالح الآخر ، فقد يكون هو المالك الحقيقي للعقار ويكون المشتري قد اشترى العقار من غير مالك وهو المتصالح الآخر (الاستاذ أكرم المولى قرة ٤١) .

(٣) أوبري ورو وإيمان ٦ قرة ٤٢١ ص ٢٦١ - بلانول وريور وسالتييه ١١ قرة ١٥٩٠ ص ١٠٤٤ - ولا يجوز استرداد الدين المنتزع فيه إذا وقع عليه صلح ، كما يجوز ذلك في الحوالة (أنيسكوليني دالوزة لنظرة transcription قرة ١٤١) .

ثم ظهر مستحق العقار ، لم يستطع واضح اليد أن يتمسك بالتقادم القصير ، لأن الصلح ليس سبباً صحيحاً إذ هو كاشف عن الحق لا ناقل له^(١) . ولكن يجوز لواضح اليد أن يتمسك بالتقادم الطويل إذا وضع يده خمس عشرة سنة :

سابعاً : إذا خلص عقار لأحد المتنازعين فيه بالصلح ، فإن الصلح وهو كاشف عن الحق لا يفتح الباب للأخذ بالشفعة ، فلا يجوز بلجار أو شريك في الشيوع أن يطلب أخذ العقار بالشفعة . هذا إلى أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع^(٢) ، فإذا أثبت الشفع أن الصلح يعني بيعاً جاز له الأخذ بالشفعة .

٣٩٣ - مؤثر الناقل بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع فيها :
وقد يتضمن الصلح حقوقاً غير متنازع فيها ، وفي هذه الحالة ينشأ الصلح التزامات أو ينقل حقوقاً ، فيكون له أثر منشئ أو ناقل ، لا أثر كاشف :

(١) للمذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجوعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٤ - لوبري دور وإسبان ٦ ققرة ٤٢١ ص ٢٦٠ - بودي وقال ٢٤ ققرة ١٣٠٥ - بلانويل وريير وسالفان ١١ ققرة ١٥٩٠ ص ١٠٤٤ .

(٢) وقد نفت محكمة النقض بأن الصلح لا يجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد ، ذلك بأن الصلح الواقع في ملكية مقابل دفع مبلغ معين من التنازل ليس نقلاً للملكية بل هو مقرر لها ، والمبلغ المدفوع مسلماً لا يظل فيه العقار ، وإنما يظل ما قد يكون للطرفين من حظ في كسب أو خسارة دعوى الملكية . ثم إنه بطبيعته يقتضي ترك كل طرف شيئاً من حقه ، ولا يجوز أن يخلص الأجنبي بذاته مخرقة لشفعة المصالح ، كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يمل فيها أجنبي من العقد مثل طالب لشفعة أو الاسترداد ، هذا فضلاً عن أن تقصود الحقوق في الشفعة والاسترداد صريحة في أن كلا الطرفين لا يرد إلا على حالة البيع (نقش مدني ٢٧ نوفمبر ١٩٤٧ مجوعة حر ٥ رقم ٢٣٤ ص ٤٨٩) . وانظر أيضاً : استئناف مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ المجوعة الرسمية ٤ رقم ٢٩ - استئناف غطط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ .

مثل الصورة التي ينشأ فيها الصلح التزاماً أن يتنازع شخصان على أرض ومزول ، فيصالحها على أن ينحصر أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل . فإذا كان المنزل قيمته أكبر من الأرض ، واقتضى الأمر أن يدفع من اختص بالمنزل مبدلاً ، مبلغاً من النقود يلتزم بدفعها لمن اختص بالأرض ، فهذا الصلح قد أنشأ التزاماً في ذمة من اختص بالمنزل هو دفع المبلغ ، وهو لم يدخل في الحقوق المتنازع فيها^(١) . وقد يتصالح شخصان على حق متنازع فيه ، فيخلص الحق لأحدهما في نظير أن يلتزم بدفع مبلغ من النقود للآخر ، فهذا أيضاً قد أنشأ الصلح التزاماً لم يدخل في الحقوق المتنازع فيها . وقد يتصالح الدائن والمدين على دين متنازع فيه بينهما ، فيقتضيان على أن يزول الدائن عن هذا الدين في نظير أن يلتزم المدين بدفع جديد قيمته أقل من الدين الأصلي ، فهذا قد جدد المدين الدين الأصلي بدفع أقل ، ويكون للصلح في هذه الحالة أثر منتهى^(٢) .

ومثل الصورة التي يتنازل فيها الصلح حقاً أن يتنازع شخصان على دار ، ويتصالحا على أن ينحصر أحدهما بالدار في نظير أن يعطى للآخر أرضاً معينة . فهذا الصلح له أثر ناقل بالنسبة إلى الأرض وهي لم تدخل في الحقوق المتنازع عليها . ومن ثم يعتبر من أخذ الأرض خلفاً لمن أعطها منه فيستطيع أن يستعين بمسنداته على دمج حقه في الأرض ، ويلتزم من أعطى الأرض بشبان الاستحقاق ، ويكون الصلح سبباً صحيحاً في التقادم الشخصي ، ويجب تسجيل الصلح لنقل ملكية الأرض بالنسبة إلى الغير وفيها بين المتعاقدين ، وهذه النتائج هي عكس النتائج التي قلدهاها للأثر الكاشف^(٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع انتهت في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٤ .

(٢) بلانويول وريين وسالكانيه ١١ فقرة ١٥٩١ .

(٣) كوبري ورد وإسبان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٦٢ - جردوي وقال ٢٤ فقرة ١٣٠٩ - -

ولكن الصلح في الصورتين المتقدمتين يبقى كاشفاً فيما يتعلق بالحقوق المتنازع فيها كما سبق القول ، فإذا نزل شخص صلحاً عن أرض متنازع فيها للمتصالح الآخر ، في نظير أن يلتزم الآخر للأول بدفع مبلغ من النقود أو أن يعطيه داراً ، فالصلح إذا كان منشأً بالنسبة إلى الالتزام بدفع المبلغ من النقود ، وناقلاً بالنسبة إلى الدار ، فهو كاشف بالنسبة إلى الأرض لأنها هي الحق المتنازع فيه^(١) .

المبحث الثاني

الأثر النسبي للصلح

٣٩٤ - **الأثر النسبي بوجه عام :** الصلح ، شأنه في ذلك شأن سائر العقود ، له أثر نسبي . فهو مقصور على المثل الذي وقع عليه ، وعلى الطرفين اللذين وقع بينهما ، وعلى السبب الذي وقع من أجله . وهو في هذا يشبه الحكم ، فإن الحكم لا يكون حجة إلا عند اتحاد المثل والمقصوم والسبب . ولكن الأثر النسبي للصلح يرجع إلى أنه عقد ، لا إلى قبلته على الحكم .

٣٩٥ - **أثر نسبي فيما يتعلق بالمحل عند الكلام في تفسير الصلح قصيراً** ضيقاً ، وبيننا كيف يجب أن يكون أثر الصلح مقصوداً على النزاع الذي

= بلاتويل وريير وسلطانيه ١١ ققرة ١٥٩١ - وقد كانت المادة ٧٤١/٢ من المشروع اتجهت تنص على ما يأتي : « وإذا تضمن الصلح إنشاء حق على حق ، أو نقل هذا الحق أو تعهده أو إنهاء ، وجب تطبيق الأحكام المتعلقة بالتسجيل » . وقد حلفت هذه الققرة في لجنة القراجعة ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة في التسجيل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٧ - ص ٤٤٨ وانظر آنفاً ققرة ٣٥٦ في المالحش) .

(١) بلاتويل وريير وسلطانيه ١١ ققرة ١٥٩١ ص ١٠٤٥ .

تناوله . فإذا تصالح موصى له مع الورثة على وصية ، لم يتناول الصلح إلا الوصية الذي وقع النزاع بشأنها ، فلا يشمل وصية أخرى الموصى إله تظهر بعد ذلك^(١) .

٣٩٦ - **المؤثر النفسي في الأشخاص** : كانت المادة ٧٤٥ من المشروع التمهيدى تنص على أنه « لا يترتب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقديه ، حتى لو وقع على محل لا يقبل التجزئة »^(٢) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن حكمه يتخلص القواعد العامة^(٣)

فإذا اصطلاح أحد الورثة مع الموصى له على الوصية ، فإن الورثة الآخرين لا يحتجون بهذا الصلح ولا يحتج به عليهم^(٤) . وإذا كان الموصى له شخصين بوصية واحدة ، وصالح الوارث أحدهما ، فإن هذا الصلح لا يحتج به الموصى له الآخر ، ولا يحتج به عليه^(٥) .

وإذا تصالح المصاب مع المستول ، ثم مات من الإصابة ، فإن هذا الصلح لا يحتج به على ورثة المصاب فما يختص بالتعويض المستحق لهم شخصياً بسبب وفاة المصاب^(٦) .

(١) انظر أيضاً فقرة ٣٨٢ .

(٢) ويقابل هذا النص في التفتين الملغى السابق المادة ٦٦٠/٥٣٨ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « لا يجوز الاحتجاج بالصلح على من له شركة في القضية التي وقع فيها الصلح ، ولا يجوز أن يحتج هو به أيضاً » . وهذا الحكم ، على نحو النص ، متفق مع حكم المادة ٧٤٥ من المشروع التمهيدى (المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٢ - ص ٤٥٣ في الهامش .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٣ في الهامش .

(٥) بودرى وقال ٧٤ فقرة ١٢٩٨ .

(٦) بلانيرول وديبير وسالغانييه ١١ فقرة ١٥٩٤ - ولا يحتج بالصلح المبرم مع المنيء-

وإذا تصالح رب العمل مع الماقل ، فإن هذا الصلح لا يحتج به المهتمس ، ولا يحتج به عليه^(١) .

وإذا أمن شخص مسئولته ، فصلح شركة التأمين مع المضرور لا يحتج به على المسئول الذى أمن مسئولته^(٢) .

ويستثنى من القاعدة المتقدمة الذكر الصلح مع أحد المدينين المتضامين . فقد نصت المادة ٢٩٤ مدنى على أنه : إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقل . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملزمون به ، فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه . فالصلح مع أحد المدينين المتضامين يجوز إذن أن يحتج به الدائتون المتضامنون الآخرون ، ولكن لا يحتج به عليهم . وكالمدينين المتضامين الدائتون المتضامنون ، فالصلح مع أحد الدائتين المتضامين يجوز أن يحتج به الدائتون المتضامنون الآخرون ، ولكن لا يحتج به عليهم . كذلك الصلح مع المدين الأصل يجوز أن يحتج به الكفيل ، ولكن لا يجوز أن يحتج به عليه . أما الصلح مع أحد المدينين فى دين غير قابل للتقسام ، فلا يحتج به الدائتون الآخرون ، ولا يحتج به عليهم ، لانعدام التباية التبادلية هنا سواء فيما يضرر أو فيما يفيد^(٣) .

= عليه فى حادثة حل زوجته ، إذا تقطعت به وفاته بسبب تلك الحادثة مطالبة بصوى الفرد على لحفا بوفاة مالها (نقض جناى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٤ اماماة ١٥ رقم ٣٧) - وانظر أيضاً . نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٧٤ ص ٤٩٤ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣١٥ ص ٦٢٩ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١ - استئناف مخطط ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ م ٢٢ ص ١٥٥ .

(١) بلانيرول وريير وسافاتييه ١١ ققرة ١٥٩٤ .

(٢) أنيسكلويدى دالروز ه لفظ transaction ققرة ١٢٠ .

(٣) بودرى وثال ٢٤ ققرة ١٢٩٩ .

وإذا صالح الوارث الظاهر على الميراث ، فإن صلحه يسرى في حق الوارث الحقيقي ، شأن سائر تصرفات الوارث الظاهر (١) .

٣٩٧ - **الأثر النفسي في السبب** : كانت المادة ٧٤٣ من المشروع التمهيدى تنص على أنه : من تصالح على حق له أو على حق تلقاه بناء على سبب معين ، ثم تاقى هذا الحق ذاته من شخص آخر أو بناء على سبب آخر ، لا يكون هذا الحق الذى كسبه من جديد مرتبطاً بالصلح السابق . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن حكمه يستخلص من القواعد العامة (٢) .

وهنا الأثر النسبي للصلح يتعلق بالسبب . فإذا تازع الوارث في صحة وصية صادرة لشخصين ، ثم تصالح مع أحدهما ، فقد قلنا أن هذا الصلح لا يمتنع به الموصى له الآخر ولا يمتنع به عليه (٣) ، وهذه هي التسمية في الأشخاص . فإذا فرض أن الموصى له الآخر قد مات وورثه الموصى له الأول الذى قبل الصلح ، فإنه يجوز في هذه الحالة الموصى له الأول أن يعود إلى النزاع في الوصية فيما يتعلق بحقه في الإرث من الموصى له الثانى ،

(١) بلانجيل وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٤ - أنسيكلويدى دالوز • لفظ transaction فقرة ١٢٥ - وقد تصالح الشخص عن نفسه وعن غيره مقترناً لمصلحة هذا الغير أو منفهاً عنه ، وعند ذلك تسرى قواعد الاشتراط لمصلحة الغير أو المنهه عن الغير (بلانجيل وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٩ - ص ٤٥٠ في المجلد . وهذا النص يقابل المادة ١٠٤٥ من تقنين الموجبات والنفود اللبناني ويمرئ على الوجه الآتى : « من صالح على حق كان له أو تلقاه بناء على سبب معين ، ثم اكتسب هذا الحق نفسه من شخص آخر أو بناء على سبب آخر ، لا يكون مقيداً بأحكام هذه المصالحة السابق فيما يتعلق بالحقة القامه اكتسبه بعداً » . وانظر أيضاً م ٢٠٥٠ من التقنين المدق للفرنسى .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٩٦ .

ولا يستطيع الوارث أن يحتج عليه بالصلح بالرغم من وحة المثل (وهو الوصية) ووحدة الأشخاص (وهما الوارث والموصى له الأول) . ذلك لأن السبب لم يتحد ، فالموصى له الأول يتقيد بالصلح كموصى له ، وهو الآن يتقدم بسبب جديد هو الميراث من الموصى له الآخر ، ومن ثم لا يتقيد بالصلح لاختلاف السبب (١) .

كذلك إذا صالح شخص وصيه السابق على حساب الوصاية ولم يطعن في هذا الصلح ، أو صالحه على الحساب بعد انقضاء سنة من تاريخ تقديمه ، فإنه يكون مقيداً بهذا الصلح . فإذا كان له أخ لم يصالح الوصى مثله ، ومات هذا الأخ فورته هو ، فإنه لا يكون مقيداً بالصلح فيما يتعلق بحقه في الإرث من أخيه ، ويستطيع أن يعود إلى مناقشة الحساب مع الوصى في شأن هذا الحق . ذلك لأن السبب هنا قد اختلف ، فهو قد صالح الوصى قاصراً الصلح على ما يخصه هو من حساب الوصاية ، ولا يستطيع الوصى أن يحتج عليه بصلح تقدم فيه بسبب حسابه الشخصي ، وهو الآن يتقدم بسبب آخر هو الميراث من أخيه .

(١) وقد ورد مطلق في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى نوضحهما فيما يلي :
(أ) تصالح على أرض ادعى أنه ورثها ، ثم اشتراها بعد ذلك ، فالصلح لا يحلوز النزاع القديم إلى السبب الجديد ، ويحتج المتصالح بالبيع الصادر له رعا من الصلح على الميراث . (ب) تصالح على أرض اشتراها من أخيه وبعد ذلك اشترى الأرض من حل ، فالصلح لا يحلوز النزاع القديم إلى السبب الجديد ، ويحتج المتصالح بالبيع الصادر له من حل (انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٤٥٠ في الهامش) .

فهرس

لمشملاا الالاب

الاب الأول

مقا الهبة

مسلما

٣	المسرف بمقا الهبة ومقومات مالا الهبة :
٥	الهبة مقدا ما بمن الأسماء
٨	الواهب بمصرف فى مال له
١٢	موان موصى
١٥	هبة المقرج
١٩	مصاص الهبة واقتباسها بمصا المصرفاا الأامرى
٢١	الهبة فى المقتن الملقى الجهد لا تمل بالميراث
٢٢	تنظم مقدا الهبة فى المقتن الملقى السابق
٢٤	تنظم مقدا الهبة فى المقتن للملقى الجهد
٢٥	مطة البحث

الفصل الأول - أركان الهبة

٢٦	مصرع الأول - المراضى فى مقدا الهبة
٢٦	المبحث الأول - شروط الانقاد
٢٧	المطلب الأول - تطابق الإعجاب والمقبول فى الهبة
٢٨	١ - قبول الموهوب له الهبة :
٢٨	لا بد من المقبول إذا الهبة مقدا
٢٩	المقبول مكن موصى لا مكن شكل

صفحة

- ٣٠ وجوع الواهب في الهبة قبل وصول القبول إلى علمه
٣١ موت الواهب أو فقدته لأطليه قبل وصول الإيجاب إلى الموهوب له
٣٢ موت الموهوب له أو فقدته لأطليه قبل القبول
٣٤ القبول الصادر من غير شخص الموهوب له

٣٦ ٢ - الوعد بالهبة

- ٣٧ صور الوعد بالإيجاب
٣٨ صور الوعد بالانتحاب
٣٩ كيف ينتقل الوعد بالهبة
٤١ الأثر الذي يترتب على الوعد بالهبة

٤٣ للمطلب الثاني - شكل الهبة

- ٤٥ ١ - القاعدة العامة : الرسمية أو للعينية
٤٥ مبررات الشكلية في عقد الهبة

٤٧ أولاً - شكل الهبة :

٤٧ (أ) شكل الهبة في العقار :

- ٤٧ أنواع الشكلية في التشريعات المختلفة
٤٨ شكلية الهبة في مصر هي الورقة الرسمية
٥٠ قبول الهبة إذا كان منفصلاً عن الإيجاب
٥١ وجوب أن تتضمن الورقة الرسمية جميع شروط الهبة
٥٢ شكل الهبة ينضج لقانون البلد الذي تمت فيه

٥٣ (ب) شكل الهبة في المنقول :

- ٥٣ هبة المنقول تتم بورقة رسمية
٥٤ ويجوز أن تتم هبة المنقول أيضاً بالتقبض - الهبات اليدوية
٥٧ كيف يتم التقبض في الهبة اليدوية
٦٣ المنقولات التي يصح أن تكون معلقة للهبة اليدوية
٦٦ الإثبات في الهبة اليدوية

صفحة

ثانياً - جزاء الإخلال بشكل الهبة : ٦٨

(أ) بطلان الهبة لاختلال الشكل : ٦٩

اختلال شكل الهبة ٦٩

جزاء اختلال الشكل هو البطلان المطلق ٦٩

'البطلان في الأصل لا تلحقه الإجازة' ٧٠

(ب) التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة لعيب في الشكل : ٧٢

هل يتخلف من الهبة الباطلة لعيب في الشكل التزام طبيعي ؟ ٧٢

التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة في الشكل إجازة للهبة وليس تنفيذاً للالتزام

طبيعي ٧٤

هبة المنقول الباطلة لعيب في الشكل ٧٨

§ ٢ - الاستثناءات من وجوب الشكلية أو العينية في الهبة : ٧٨

أولاً - الهبة غير المباشرة : ٧٩

تعديد معنى الهبة غير المباشرة ٧٩

أنظمة حل الهبة غير المباشرة ٨٠

تصرفات لا تعتبر هبات غير مباشرة ٨٢

استثناء الهبات غير المباشرة من الشكلية والعينية ٨٤

سريان الأحكام الموضوعية على الهبات غير المباشرة ٨٥

ثانياً - الهبة المستترة : ٨٦

التمييز بين الهبة المستترة والهبة غير المباشرة ٨٦

أنظمة حل الهبة المستترة ٨٧

وجوب ستر الهبة بمقتضى آخر مستوف لشروط الانقضاء في الظاهر ٨٨

إخفاء الهبة المستترة من الشكلية ومن العينية ٩٤

مضروحة الهبة المستترة لأحكام الهبة الموضوعية ٩٥

المبحث الثاني - شروط الصحة ٩٧

المطلب الأول - الأهلية في عقد الهبة ٩٧

§ ١ - أهلية الواهب : ٩٧

الصبي غير المميز والمجنون والمحو ٩٧

ملحة

- ٩٨ السبى المميز والسفيه وذو النفقة
- ٩٩ ولاية القول والوصى وانتم في حبة المال المجهور
- ٩٩ البالغ الرشيد
- ١٠٢ § ٢ - أهلية الموهوب له :
- ١٠٢ الموهوب له جنين
- ١٠٣ الموهوب له صبي غير مميز أو مجنون أو محتوه
- ١٠٥ الموهوب له صبي مميز أو سفیه أو ذو غفلة
- ١٠٦ البالغ الرشيد
- ١٠٦ المطلب الثاني - عيوب الرضاء في عقد الهبة
- ١٠٦ تطبيق القواعد العامة
- ١٠٧ الغلط في عقد الهبة
- ١٠٩ التلويح في عقد الهبة
- ١١٠ الإكراه في عقد الهبة
- ١١١ الاستغلال في عقد الهبة
- ١١٢ الفسخ الثاني - المحل في عقد الهبة
- ١١٣ المبحث الأول - الشيء الموهوب
- ١١٣ تطبيق القواعد العامة
- ١١٤ المطلب الأول - هبة الأموال المستقبلية
- ١١٥ الأصل جواز التعامل في المال المستقبل
- ١١٦ بطلان هبة المال المستقبل
- ١١٨ التمييز بين المال المستقبل وملك الغير
- ١٢٠ المطلب الثاني - هبة ملك الغير
- ١٢١ حكم هبة ملك الغير فيما بين المتاعين
- ١٢٢ حكم هبة ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقي
- ١٢٣ المطلب الثالث - هبة المشاع
- ١٢٣ هبة المشاع جائزة

ملحة

- ١٢٥ ... هبة الهبة الثالثة في حالة الشروع
- ١٢٥ ... هبة جزء مفروض من المال الشائع
- ١٢٧ ... **المطلب الرابع - هبة المريض مرض الموت**
- ١٢٧ ... هبة المريض مرض الموت حكم الوصية
- ١٢٧ ... الموهوب لا يزيد على ثلث التركة
- ١٢٧ ... الموهوب يزيد على ثلث التركة
- ١٢٨ ... **المبحث الثاني - الموهب في الهبة**
- ١٢٩ ... الشروط العامة الواجب توافرها في الموهب
- ١٣٠ ... صورة مظنة التعاقب في الهبة
- ١٣٢ ... **لقرع الثالث - السبب في عقد الهبة**
- ١٣٢ ... تطبيق القواعد العامة في السبب
- ١٣٤ ... الهبة للقرعة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع
- ١٣٦ ... الهبات والمعايا في الخطبة
- ١٣٧ ... شرط عدم التصرف في الشيء الموهوب

الفصل الثاني - أحكام الهبة

- ١٤٠ ... **لقرع الأول - الآثار التي ترتب على الهبة**
- ١٤٠ ... **المبحث الأول - التزامات الواهب**
- ١٤١ ... **المطلب الأول - نقل ملكية الشيء الموهوب**
- ١٤١ ... تطبيق القواعد العامة
- ١٤٣ ... نقل الملكية في هبة المنقول
- ١٤٤ ... نقل الملكية في هبة العقار
- ١٤٨ ... **المطلب الثاني - تسليم الشيء الموهوب**
- تسليم الموهوب والمحافظة عليه حتى التسليم فرع عن التزام الواهب بنقل
- ١٤٩ ... ملكية الموهوب
- ١٤٩ ... الحمل الذي يقع عليه التسليم

صفحة

كيف يتم التسليم	١٥١
الجزاء الذي يترتب على إخلال الواجب بالتسليم	١٥٤
تبعية حلول الموهوب قبل التسليم	١٥٤
المطلب الثالث - ضمان التعرض والاستحقاق	١٥٦
ضمان الواجب لتعرض المصدر له	١٥٨
ضمان الواجب لتعرض المصدر من الغير	١٥٨
ضمان الواجب لاستحقاق الموهوب	١٥٩
الاتفاق على تعديل الضمان	١٦١
المطلب الرابع - ضمان العيوب الخفية	١٦٣
من يضمن الواجب العيوب الخفية في الموهوب	١٦٤
ما يرجع به الموهوب له في ضمان العيب	١٦٥
الاتفاق على تعديل الضمان	١٦٦
المبحث الثاني - التزامات الموهوب له	١٦٧
المطلب الأول - الالتزام بأداء العوض أو المقابل	١٦٨
الموض المشترك	١٦٩
من له حق المطالبة بالعوض	١٧٠
جزاء الإخلال بالالتزام الوفاء بالعوض	١٧١
العوض هو الوفاء بدين الواجب	١٧٣
المطلب الثاني - الالتزام بنفقات الهبة :	١٧٦
الأصل أن تكون نفقات الهبة على الموهوب له	١٧٦
ولكن يجوز بالاتفاق أن تكون هذه النفقات على الواجب	١٧٦
الفرع الثاني - الرجوع في الهبة	١٧٧
حق الرجوع في الهبة في العقد الإسلامي	١٧٧
حق الرجوع في الهبة في التقنين المدني	١٧٩
المبحث الأول - متى يجوز الرجوع في الهبة	١٨٠
المطلب الأول - الرجوع في الهبة بالتراضي	١٨٠

صفة

- ١٨٢ التراضي على الرجوع في الهبة هو إقالة من الهبة
- ١٨٣ المطلب الثاني - الرجوع في الهبة بالتقاضي
- ١٨٤ تعود الرجوع في الهبة بنير التراضي
- ١٨٧ § ١ - الهبات اللازمة (موانع الرجوع في الهبة)
- ١٨٩ تقسم موانع الرجوع إلى موانع قائمة وقت الهبة وموانع تطرأ بعدما
- ١٩٠ (أ) موانع قائمة منذ صدور الهبة
- ١٩٠ الهبة بمعرض
- ١٩١ الصدقة وأعمال البر
- ١٩٢ الهبة بين الزوجين
- ١٩٣ الهبة لدى رسم محرم
- ١٩٤ (ب) موانع تطرأ بعد صدور الهبة
- ١٩٤ موت أحد المتعاقدين
- ١٩٤ زيادة الموهوب زيادة متصلة
- ١٩٦ هلاك الشيء الموهوب
- ١٩٦ تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب
- ١٩٧ § ٢ - العذر المقبول للرجوع في الهبة
- ١٩٩ أعذار الرجوع في الهبة غير مذكورة على سبيل الحصر
- ٢٠٠ جحود الموهوب له
- عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو عجزه عن التفقة هل من
- ٢٠٢ يجب عليه دفعهم
- ٢٠٣ أن يرزق الواهب ولداً
- ٢٠٥ المبحث الثاني - الآثار التي تترتب على الرجوع في الهبة
- ٢٠٥ المطلب الأول - أثر الرجوع في الهبة فيما بين المتعاقدين
- ٢٠٨ اعتبار الهبة كأن لم تكن
- ٢٠٩ رد الموهوب إلى الواهب
- ٢٠٩ رجوع الواهب بالثمرات

٢٣٩

صفحة

أولاً - عقد الشركة ينص على تعيين نصيب كل شريك في

الربح والخسارة ٢٨٠

تعيين النصيب في كل من الربح والخسارة ٢٨٠

تعيين النصيب في الربح وحده أو في الخسارة وحدها ٢٨١

النص على عدم مساهمة الشريك في ربح أو في الخسارة - شركة الأسد ٢٨٢

ثانياً - عقد الشركة لا ينص على تعيين نصيب الشريك لا في

الربح ولا في الخسارة ٢٨٥

تعيين نصيب الشريك في الربح والخسارة بنسبة حصته في رأس المال ٢٨٥

نصيب الشريك في الربح والخسارة إذا كانت حصته عملاً ٢٨٦

الفرع الثالث - الشخصية المعنوية للشركة ٢٨٨

الشركة المعنوية بمجرد تكوينها تصبح شخصاً معنوياً ٢٩٠

النتائج التي تترتب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة المدنية ٢٩١

لشركة المدنية ذمة مالية مستقلة عن الأمانة للمالكين للشركاء ٢٩٢

أهلية الشركة المدنية في كسب الحقوق واستعمالها ٢٩٤

حق التقاضي ٢٩٥

موطن الشركة وجنسيتها ٢٩٦

الاحتجاج بالشخصية على الغير - وجوب استيفاء إجراءات النشر ٢٩٨

الفصل الثاني - أحكام الشركة

الفرع الأول - إدارة الشركة ٣٠١

المبحث الأول - تعيين من يدير الشركة ٣٠١

كيف يكون التعيين ٣٠١

جواز عزل من يدير الشركة ٣٠٢

سلطات من يدير الشركة إذا كان واحداً ٣٠٧

سلطات من يديرون شركة إذا كانوا متعددين ٣١٠

حقوق الشركاء غير المديرين ٣١٦

- المبحث الثاني - عدم تعيين من يدير للشركة ... ٣١٩
- لكل شريك حق الانفراج بالإدارة ... ٣٢١
- حق الاعتراض ... ٣٢٢
- الفرع الثاني - أثر الشركة بالنسبة إلى الشركاء ... ٣٢٣
- المبحث الأول - واجبات الشريك ... ٣٢٣
- هذا الصافي في تدبير مصالح الشركة ... ٣٢٣
- تقديم الشريك حساباً عن المبالغ التي في ذمته للشركة مع الفوائد ... ٣٢٩
- المبحث الثاني - حقوق الشريك ... ٣٣٢
- حق الشريك في استرداد المصروفات الثالثة مع فوائد لها ... ٣٣٢
- مصرف الشريك في حقه في الشركة - إفراغ الغير في حقه (الرديف) ... ٣٣٤
- المبحث الثالث - حقوق دائلي الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء ... ٣٣٩
- المطلب الأول - حقوق دائلي الشركة ... ٣٣٩
- حقوق دائلي الشركة على أموال الشركة ... ٣٤١
- حقوق دائلي الشركة على أموال الشركاء الخاصة ... ٣٤٧
- حقوق دائلي الشركة على حصص الشركاء في الأرباح ... ٣٤٤
- المطلب الثاني - حقوق الدائنين الشخصيين للشركاء ... ٣٤٦
- لا حقوق للدائنين الشخصيين على أموال الشركة ... ٣٤٧
- حقوق الدائنين الشخصيين على أموال الشريك الخاصة المستمدة من الشركة ... ٣٤٨

الفصل الثالث - انقضاء الشركة

- الفرع الأول - أسباب انقضاء الشركة ... ٣٥٠
- المبحث الأول - أسباب انقضاء الشركة من تلقاء نفسها بحكم القانون ... ٣٥٠
- أسباب الرجوع إلى محل الشركة وأسباب ترجيع إله للشركاء ... ٣٥٠
- المطلب الأول - أسباب الانقضاء التي ترجع إلى محل الشركة ... ٣٥١
- انتهاء مهلة للشركة - انتهاء عملها ... ٣٥١
- حلول مال للشركة ... ٣٥٦

ملحة

المطلب الثاني - أسباب الانقضاء التي ترجع إلى الشركاء ... ٣٦٠

موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إصابه أو إفلاس ... ٣٦١

انسحاب أحد الشركاء أو إجماع الشركاء على حل الشركة ... ٣٦٨

المبحث الثاني - أسباب حل الشركة بحكم من القضاء ... ٣٧٤

المطلب الأول - حل الشركة بحكم قضائي ... ٣٧٥

الأسباب التي تسوغ حل الشركة قضائياً ... ٣٧٦

الأثر الذي يترتب على حل الشركة قضائياً ... ٣٧٨

حق طلب الحل القضائي من النظام العام وهو حق شخصي لشريك ... ٣٧٩

المطلب الثاني - فصل أحد الشركاء أو طلب أحد الشركاء

إخراجه من الشركة ... ٣٧٩

طلب أحد الشركاء فصل شريك آخر ... ٣٨٢

طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة ... ٣٨٣

الفرع الثاني - تصفية الشركة ... ٣٨٥

كيف تم تصفية الشركة ... ٣٨٥

بقاء الشخصية المعنوية للشركة وقت تصفيتها ... ٣٨٧

المبحث الأول - تعيين المصطفى ... ٣٩٠

تعيين المصطفى بواسطة الشركاء ... ٣٩٢

تعيين المصطفى بواسطة القضاء ... ٣٩٣

تعيين المصطفى بواسطة القضاء الشركة الباطلة ... ٣٩٥

كيف يعزل المصطفى ... ٣٩٥

سلطة مديري الشركة قبل تعيين المصطفى ... ٣٩٦

المبحث الثاني - أعمال التصفية ... ٣٩٧

المطلب الأول - تصفية مال الشركة ... ٣٩٧

أعمال إدارة الشركة ... ٤٠٠

الأعمال اللازمة لتصفية الشركة ... ٤٠١

الأعمال التمهيدية لتصفية ... ٤٠٢

ملحة

٤٠٣	استيفاء حقوق الشركة
٤٠٣	وفاء ديون الشركة
٤٠٥	بيع أموال الشركة بالقدر الضروري للصفحة
٤٠٧	حق الشركاء في مراقبة أعمال الصفحة
٤٠٨	أجر المصنف
٤٠٩	المطلب الثاني - توزيع الصافي من مال الشركة على الشركاء
٤١٠	حقوق الشركاء في الصافي من مال الشركة
٤١١	توزيع ما يبادل قيمة الحصص على الشركاء
٤١٢	توزيع الأرباح بين الشركاء
٤١٣	توزيع الخسائر بين الشركاء
٤١٥	القسمة بين الشركاء

الباب الثالث

عقد القرض والدخل الدائم

مقدمة

٤١٩	التعريف بعقد القرض وخصائصه
٤٢١	القرض عقد رضائي
٤٢٣	القرض عقد ملزم للجائدين
٤٢٤	تمييز القرض عن بعض ما يلتبس به من العقود
٤٢٥	تمييز القرض عن البيع
٤٢٧	تمييز القرض عن الشركة
٤٢٨	تمييز القرض عن الوديعة
٤٢٩	تمييز القرض عن العارية
٤٣١	التنظيم التشريعي للقرض والدخل الدائم
٤٣٢	أهم الفروق بين التقنين الجديد والتقنين السابق في عقد القرض
٤٣٣	خطة البحث

صفحة

الفصل الأول - أركان القرض

٤٣٤	الفرع الأول - التراضي في عقد القرض
٤٣٤	المبحث الأول - شروط الانعقاد
٤٣٤	توافقه الإيجاب والقبول كاف في عقد القرض
٤٣٥	صور مختلفة لعقد القرض
٤٣٦	إثبات عقد القرض
٤٣٧	المبحث الثاني - شروط الصحة
٤٣٧	الأهلية في عقد القرض
٤٣٨	عيوب الإرادة في عقد القرض
٤٣٩	الفرع الثاني - المحل والسبب في عقد القرض
٤٣٩	المبحث الأول - المحل في عقد القرض
٤٣٩	المطلب الأول - الشيء المقرض
٤٣٩	الشروط الواجب توافرها في الشيء المقرض
٤٤١	إقراض مال الغير
٤٤٣	المطلب الثاني - فوائد القرض
٤٤٣	لا تجب الفوائد إلا إذا اشترطت
٤٤٤	صور مختلفة لاشتراط الفوائد
٤٤٦	سر القسالة - إحالة
٤٤٧	المبحث الثاني - السبب في عقد القرض
٤٤٧	السبب في عقد القرض هو إياها الدافع إلى التعاقد
٤٤٧	تطبيقات النظرية الحديثة لسبب في عقد القرض

الفصل الثاني - آثار القرض

٤٥٠	الفرع الأول - التزامات المقرض
٤٥٠	لتزامات المقرض تسير لتزامات المبالغ
٤٥١	المبحث الأول - الالتزام بنقل الملكية
٤٥١	الالتزام بنقل الملكية إذا كان الشيء المقرض نفوذاً

صفحة

٤٥٢ الالتزام بغل الملكية إذا كان الشيء المقرض شيئاً مثلياً غير النقود

المبحث الثاني - الالتزام بالتسليم ٤٥٣

٤٥٤ تسليم الشيء المقرض

٤٥٦ تهمة هلاك الشيء المقرض

٤٥٦ التزام المقرض بألا يطلب برد المثل إلا عند انتهاء القرض ...

المبحث الثالث - ضمان الاستحقاق ٤٥٨

٤٥٨ التمييز بين القرض بأجر والقرض بغير أجر

٣٥٩ ضمان الاستحقاق في القرض بأجر

٤٦٠ ضمان الاستحقاق في القرض بغير أجر

المبحث الرابع - ضمان العيوب الخفية ٤٦٠

٤٦٠ التمييز بين القرض بأجر والقرض بغير أجر

٤٦١ ضمان العيب الخفي في القرض بأجر

٤٦٢ ضمان العيب الخفي في القرض بغير أجر

الفرع الثاني - التزامات المقرض ٤٦٣

٤٦٣ ما يترتب في قمة المقرض من التزامات - تحصل مصروفات القرض

المبحث الأول - الالتزام بدفع القوائد ٤٦٤

٤٦٥ المدة التي تدفع عنها القوائد

٤٦٦ الزمان والمكان اللذان تدفع فيها القوائد

٤٦٧ الجزاء الذي يترتب على عدم دفع القوائد

٤٦٨ استرداد غير المستحق من القوائد المدفوعة

المبحث الثاني - الالتزام برد المثل ٤٦٩

المطلب الأول - ما يردده المقرض وفي أي مكان يكون الرد ٤٧٢

٤٧٢ رد المثل

٤٧٤ المكان الذي يجب فيه الرد

ملحة

- المطلب الثاني - الوقت الذي يجب فيه الرد ٤٧٥
 التمييز بين ما إذا حدد لرد أجل أو لم يحدد ٤٧٥
 يوجد اتفاق على أجل لرد - سقوط الأجل أو الغزول عنه ٤٧٥
 الرد قبل الميلاد في القرض بفوائده ٤٧٦
 لا يوجد اتفاق على أجل لرد ٤٧٦

الفصل الثالث الدخل الدائم

- مقالة تاريخية ٤٨٢
 الفرع الأول - ترتيب الدخل الدائم ٤٨٤
 المبحث الأول - الصور المختلفة لترتيب الدخل الدائم ٤٨٥
 الصورة الثالثة هي عقد للقرض ٤٨٥
 صور أخرى لترتيب الدخل الدائم ٤٨٦
 شكل ترتيب الدخل الدائم وكيفية إثباته ٤٨٧
 المبحث الثاني - الالتزام بدفع الدخل الدائم ٤٨٨
 حدود هذا الالتزام ٤٨٨
 من يقوم بالدفع ولمن يكون الدفع ٤٨٩
 الزمان والمكان اللذان يقع فيهما الدخل ٤٩٠
 الحزاء على عدم دفع الدخل ٤٩٥
 أسباب انقضاء الالتزام بدفع الدخل ٤٩١
 الفرع الثاني - استبدال الدخل الدائم ٤٩٢
 متى يكون الاستبدال وكيف يتم ٤٩٢
 المبحث الأول - متى يكون الاستبدال ٤٩٢
 الاستبدال بإرادة المدين والاستبدال جبراً على المدين ٤٩٢
 المطلب الأول - الاستبدال بإرادة المدين ٤٩٣
 الأصل في الدخل الدائم أن يكون قابلاً للاستبدال في أي وقت شاء المدين ٤٩٤

صفحة

جواز التقيد من قابلية الدخول للاستبدال	٤٩٥
كيف يستعمل المدين بالدخل حق الاستبدال	٤٩٦
المطلب الثاني - الاستبدال جبراً على المدين	٤٩٨
الحالة الأولى - عدم دفع الدخول سنتين متوالتين	٤٩٩
الحالة الثانية - نقصير المدين في تقديم التأمينات أو انعدام هذه التأمينات	٥٠٠
الحالة الثالثة - إصرار المدين أو إفلاسه	٥٠١
المبحث الثاني - كيف يتم هذا الاستبدال	٥٠١
الحالات التي يتم فيها الاستبدال - التمييز بين فرضين	٥٠٢
ترتيب الدخول في مقابل مبلغ من النقود	٥٠٣
ترتيب الدخول في مقابل غير النقود أو بغير مقابل	٥٠٣

الباب الرابع

عقد الصلح

مقدمة

التعريف بعقد الصلح وسقوماته	٥٠٧
نزاع قائم أو محتمل	٥٠٨
نية جسم النزاع	٥١٠
نزول كل من المتصالحين عن جزء من ادعائه	٥١٢
تمييز الصلح عن غيره مما يلتبس به	٥١٣
خصائص عقد الصلح	٥١٧
التنظيم التشريعي لعقد الصلح	٥١٨
أهم الفروق بين التفتين الجديد والتفتين السابق في عقد الصلح	٥١٩
خطة البحث	٥٢٠

الفصل الأول - أركان الصلح

٥٢١	الفرع الأول - التراضي في عقد الصلح
٥٢١	المبحث الأول - شروط الانعقاد
٥٢١	توافق الإيجاب والقبول كافي في عقد الصلح
٥٢٤	الصلح القفائي
٥٢٧	إثبات عقد الصلح
٥٣١	المبحث الثاني - شروط الصحة
٥٣١	المطلب الأول - الأهلية في عقد الصلح
٥٣٢	البالغ الرشيد
٥٣٤	الصبي المميز والمجهور عليه
٥٣٥	الصبي غير المميز
٥٣٦	المطلب الثاني - عيوب الرضاء في عقد الصلح
٥٣٦	وجوب أن يكون الرضاء خاليا من العيوب
٥٣٧	الغلط في القانون في عقد الصلح
٥٤٢	الغلط في الحساب
٥٤٣	الغلط في الواقع
٥٤٥	أشقة أخرى للغلط في الواقع
٥٤٩	عدم تجزئة الصلح عند بطلانه
٥٥٤	الفرع الثاني - المحل والسبب في عقد الصلح
٥٥٤	المبحث الأول - المحل في عقد الصلح
٥٥٤	وجوب توافر الشروط العامة في المحل
٥٥٦	بطلان الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية
٥٥٧	بطلان الصلح على الجريمة
٥٥٩	بطلان الصلح على مسائل أخرى من النظام العام

ملحة

- المبحث الثاني - السبب في عقد الصلح ٥٦٠
السبب بالنسبة للتقليد ٥٦٠
السبب بالنسبة الحديث ٥٦١

الفصل الثاني - آثار الصلح

- الصلح يحسم النزاع وله أثر كالتف نسي ٥٦٣
الفرع الأول - حسم النزاع ٥٦٣
كيف ينسم النزاع بالصلح وطرق الإلزام بما تم الصلح عليه ٥٦٣
المبحث الأول - كيف ينسم النزاع ٥٦٤
انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين مع تفسير
التنازل تفسيراً شاملاً ٥٦٤
المطلب الأول - انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها
كل من الطرفين ٥٦٤
أثر الانقضاء ٥٦٦
أثر التثبيت ٥٦٦
المطلب الثاني - تفسير التنازل تفسيراً ضيقاً ٥٦٧
قاضي الموضوع هو الذي يفسر الصلح ٥٦٨
التفسير القيد لعقد الصلح ٥٦٩
الأثر القسري لصلح فيما يتعلق بالحل ٥٧٠
المبحث الثاني - طرق الإلزام بالصلح ٥٧٢
المطلب الأول - الدفع بالصلح والشرط الجزائي ٥٧٢
الدفع بالصلح ٥٧٢
الموازنة بين الصلح والحكم ٥٧٥
الشرط الجزائي المقترن بالصلح ٥٧٦

صفحة

المطلب الثاني - فسخ الصلح	٥٧٧
قول بعدم جواز فسخ الصلح	٥٧٧
جواز فسخ الصلح	٥٧٨
الفرع الثاني - الأثر الكاشف والأثر النسبي للصلح	٥٨١
المبحث الأول - الأثر الكاشف للصلح	٥٨١
الأثر الكاشف بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها	٥٨٢
النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للصلح	٥٨٤
الأثر الناقض بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع فيها	٥٨٨
المبحث الثاني - الأثر النسبي للصلح	٥٩٠
الأثر النسبي بوجه عام	٥٩٠
الأثر النسبي في الحل - إحصاء	٥٩٠
الأثر النسبي في الأشخاص	٥٩١
الأثر النسبي في السبب	٥٩٣

